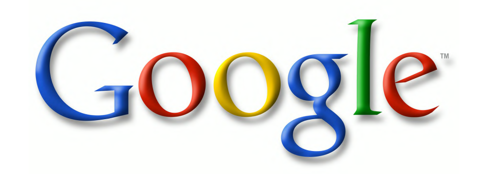
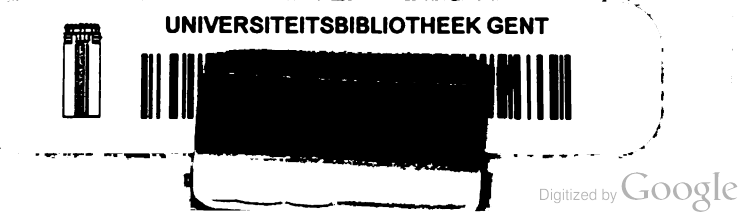



B.G.


UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

1° UN ABRÉGÉ DE L'HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN
2° L'EXPLICATION COMPLÈTE DES INSTITUTES DE GAIUS ET DES INSTITUTES DE JUSTINIEN
3° L'EXPLICATION DES PRINCIPAUX TEXTES DU DIGESTE ET DU CODE AINSI QUE DES NOVELLES QUI S'Y RAPPORTENT

PAR

M. CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE

TOME DEUXIÈME

CORRESPONDANT AUX LIVRES III ET IV DES INSTITUTES

PARIS
A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR
17, RUE SOUFFLOT, 17
1866

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

1° UN ABRÉGÉ DE L'HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN
2° L'EXPLICATION COMPLÈTE DES INSTITUTES DE GAIUS ET DES INSTITUTES DE JUSTINIEN
3° L'EXPLICATION DES PRINCIPAUX TEXTES DU DIGESTE ET DU CODE AINSI QUE DES NOVELLES QUI S'Y RAPPORTENT

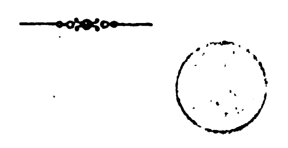
PAR

M. CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE

TOME DEUXIÈME

CORRESPONDANT AUX LIVRES III ET IV DES INSTITUTES



PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR
17, RUE SOUFFLOT, 17
1866

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE DROIT ROMAIN.

LIVRE TROISIÈME.

DES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM* AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE OU FIDÉICOMMISSAIRE.

DES OBLIGATIONS.

DES HÉRÉDITÉS *AB INTESTAT*.

Au moment où je commence à exposer la matière des hérédités *ab intestat*, je dois tout d'abord signaler deux différences importantes, caractéristiques, entre le système du droit romain et le système du droit français.

1° Chez les Romains, l'hérédité testamentaire est mise en première ligne : les citoyens tiennent à honneur de régler eux-mêmes le sort de leur succession. L'hérédité *ab intestat*, déférée par la loi et non par l'homme, n'arrive que subsidiairement : on peut dire

qu'elle n'a lieu que par exception. — En France, au contraire, nous sommes habitués à nous en remettre au législateur du soin d'attribuer notre succession aux personnes qu'il juge convenable d'y appeler : la succession *ab intestat* est la règle. Le Titre *Des successions* dans le Code Napoléon vient avant le Titre qui traite à la fois *des donations entre-vifs* et *des testaments*. *Succession*, chez nous, cela veut dire, par excellence, *succession légitime* ou *ab intestat;* il est même douteux qu'un testateur puisse faire de véritables héritiers.

2° Il est de principe chez les Romains qu'un testateur doit disposer de son patrimoine tout entier : on ne peut pas, en effet, instituer un héritier pour moitié, de telle sorte que l'autre moitié irait à ceux que la loi appelle *ab intestat*. *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest* (1). En France, il a toujours été permis de disposer par testament d'une partie de ses biens, le surplus devant aller aux héritiers *ab intestat :* « Les Français, « comme gens de guerre, dit Loisel, ont reçu divers patrimoines « et plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne » (2).

Pour celui qui traite des successions *ab intestat*, la première question à examiner est naturellement celle de savoir dans quels cas on peut dire qu'un homme meurt intestat. C'est aussi la première question dont s'occupent les Institutes, tout au début de cette matière : *Intestatus decedit qui....* (3). Du reste, il est bon de remarquer immédiatement qu'un homme, même très-riche, peut mourir intestat sans laisser pour cela une hérédité *ab intestat*. On ne peut pas laisser une hérédité *ab intestat* quand on ne meurt pas intestat; mais de ce qu'on meurt intestat, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on

(1) Inst., § 5 *De hered. instit.* (II, 14). — Ce qui serait seulement permis au *paganus*, ce serait de disposer par codicille, à titre de fidéicommis, d'une partie de ses biens : le surplus resterait aux héritiers que la loi appelle *ab intestat*.

(2) *Institutes coutumières*, Livre II, Titre v, règle 12. — Loisel a raison de dire que les Français sont *gens de guerre*. Mais cela n'explique pas suffisamment la règle de notre droit : car une femme peut, aussi bien qu'un homme, faire un testament contenant disposition d'une partie seulement de ses biens, ou, en d'autres termes, laisser à la fois un successeur testamentaire et un successeur légitime. Je dirais simplement que le *testament* du droit français ressemble beaucoup au *codicille* du droit romain.

(3) Pr. *De heredit. quæ ab intest. defer.* (III, 1).

laisse une hérédité *ab intestat*. Ainsi, du temps des jurisconsultes, le fils de famille qui a un pécule castrens peut bien mourir intestat; mais alors il ne laisse véritablement pas une hérédité *ab intestat* (1). De même, lorsqu'un homme mort intestat est ensuite condamné comme coupable de haute trahison (*judicatus perduellionis reus*), on peut dire qu'il ne laisse point d'hérédité (2). Cette observation devait être faite; maintenant, il est bien entendu que, quand nous parlerons d'un homme qui meurt intestat, nous supposerons en général qu'il y a une succession *ab intestat*.

Quels sont les différents cas dans lesquels un homme doit être considéré comme mourant intestat? *Intestatus decedit*, disent les Institutes, *qui aut omninò testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit*. Ainsi le défunt n'a pas du tout fait de testament, ou, ce qui revient au même, le testament qu'il a fait est contraire à une règle de droit, *non jure fecit*, comme, par exemple, s'il a omis le fils qu'il avait sous sa puissance; ou bien encore le testament, valablement fait à l'origine, a été infirmé, de telle sorte qu'il est devenu *ruptum* ou *irritum*, ou bien enfin, personne n'étant arrivé à l'hérédité *ex eo testamento*, il se trouve *destitutum*. — Cette énumération, que nous donne Justinien, se réfère exclusivement à l'ancien droit civil. En conséquence, il n'est pas impossible qu'on se trouve dans un des cas indiqués et que pourtant les héritiers légitimes ou *ab intestat* ne soient réellement pas appelés à la succession. Supposons que depuis la confection du testament il survient au testateur un enfant légitime qui a été omis dans ce testament: c'est là un cas de rupture; mais, le *postumus suus prœteritus* venant à mourir avant le testateur, pourvu que le testament ait été fait dans la forme prétorienne, la succession ne sera pas recueillie par les héritiers *ab intestat*, elle sera prise, à titre de *bonorum possessio secundùm tabulas*, par les héritiers institués (3). — D'un autre côté, l'énumération des cas où un homme se trouve être mort intestat,

(1) Voy. notamment Ulpien, L. 1 et L. 2, D., *De castr. pec.* (49, 17). Comp. notre t. I, p. 620 et 621.

(2) Inst., § 5 *De heredit. quæ ab intest. defer.* Nous reviendrons bientôt sur le cas dont il s'agit dans ce texte.

(3) Voy. t. I, p. 687.

cette énumération, telle que la donne Justinien, n'est pas tout à fait complète. Justinien ne cite pas le cas où un testament est rescindé comme inofficieux (1); et cependant les jurisconsultes romains disent très-bien, en parlant de celui qui intente la *querela inofficiosi testamenti* et qui triomphe : *Intestatum patremfamiliâs facit* (2).

Nous avons à étudier les règles suivant lesquelles est déférée l'hérédité *ab intestat*. On comprend sans peine que ces règles ne doivent plus être sous le règne de Justinien ce qu'elles étaient sous les rois ou sous la République ou même à l'époque des grands jurisconsultes. Nous trouvons effectivement, chez les Romains, au moins quatre législations distinctes sur la matière, chacune de ces législations ayant ses principes propres, mais, du reste, la plus récente d'entre elles ayant encore conservé quelques traits de la plus ancienne. Les quatre législations dont je veux parler sont: l'ancien droit civil, — le droit prétorien, — les Sénatusconsultes et les Constitutions impériales (en y comprenant le droit des Institutes et du Code de Justinien), — enfin le droit des Novelles. On pourrait même ajouter une cinquième législation, *l'interprétation des prudents* : nous verrons, en effet, que sous l'influence des prudents s'étaient établies certaines règles particulières (3).

Quelle marche convient-il de suivre pour exposer aussi clairement et aussi complétement que possible ces règles diverses que les Romains ont observées en matière de succession *ab intestat* aux différentes époques de leur histoire? A cet égard, deux méthodes se présentent tout d'abord à l'esprit : l'une consistant à étudier séparément les règles de l'ancien droit, puis celles du droit prétorien, puis celles des Sénatusconsultes et des Constitutions impériales, enfin celles des Novelles; l'autre consistant à exposer successivement les règles applicables à chacune des classes de personnes appelées *ab intestat* par les différentes législations (règles concernant les *sui*, règles concernant les agnats, etc.). De

(1) A moins qu'on ne prétende que ce cas est compris dans l'expression *non jure fecit*.

(2) Ulpien, L. 6 § 1, D., *De inoff. test.* (5, 2).

(3) Voy. notamment, aux Institutes, § 3 *De legit. agnat. success.* (III, 2).

ces deux méthodes, laquelle est préférable ? Chacune a ses avantages et ses inconvénients. Pour conserver les avantages en échappant aux inconvénients, j'essaierai de combiner ensemble les deux méthodes. Par exemple, je vois que certaines personnes sont appelées en première ligne à la succession *ab intestat* par toutes les législations : dans une *première partie* je traiterai du droit de ces personnes, depuis les temps les plus reculés jusqu'à Justinien : j'appliquerai ici la deuxième méthode que j'ai indiquée. D'un autre côté, j'observe que les règles contenues dans les Novelles forment un ensemble, un système, dont les différentes portions sont étroitement unies les unes aux autres et qui pour être bien compris doit être exposé en masse, d'un seul coup : j'emploierai donc ici la première méthode.

En conséquence, je divise en sept parties, de la manière suivante, les développements que j'ai à donner sur la matière des successions *ab intestat :*

1re partie. Des héritiers siens, et de ceux que le Préteur ou les Constitutions impériales appellent *inter suos heredes ;*

2e partie. Des agnats et de ceux qui ont été assimilés aux agnats ;

3e partie. Des *gentiles ;*

4e partie. Des cognats ;

5e partie. Du cas où le *de cujus* est un affranchi ;

6e partie. Des *bonorum possessiones* (1) ;

7e partie. Système des Novelles.

PREMIÈRE PARTIE. — DES HÉRITIERS SIENS.

On nous dit, aux Institutes, que, d'après la Loi des douze Tables, l'hérédité des intestats appartient d'abord aux héritiers siens (2).

(1) Il ne devrait être question ici que des *bonorum possessiones* données *ab intestat ;* mais, de même que les Institutes (Livre III, Titre IX), nous traiterons des *bonorum possessiones* en général.

(2) § 1 *De heredit. quæ ab intest. defer.*

Il est à remarquer que la Loi des douze Tables n'appelle pas expressément les *sui* à l'hérédité : elle semble présupposer, comme allant de soi, leur vocation en première ligne. C'est ce qui ressort de la disposition suivante, qui nous a été conservée par Ulpien : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* (1).

A qui donne-t-on proprement le nom d'*heredes sui?* Aux personnes qui étaient sous la puissance paternelle du *de cujus* au moment de sa mort. Les Institutes l'ont déjà dit, à propos des hérédités testamentaires (2); elles le répètent, à propos des hérédités *ab intestat* (3).

Puisque l'*heres suus* était sous la puissance du *de cujus*, il s'ensuit nécessairement qu'il ne peut être question d'une hérédité déférée à un *heres suus* qu'autant que le *de cujus* était un homme : les femmes, en effet, sont incapables d'avoir la puissance paternelle. *Nulla fœmina*, dit Gaius, *aut habet suos heredes*, *aut desinere habere potest propter capitis deminutionem* (4). Nous verrons seulement qu'à l'époque de Marc-Aurèle il fut décidé par un Sénatusconsulte que les enfants viendraient en première ligne *ad bona matrum intestatarum* (5).

Les enfants que le *de cujus* avait adrogés ou adoptés sont traités en général comme ceux qu'il a pu avoir *ex justis nuptiis :* ils comptent parmi les héritiers siens. *Nec interest*, dit Justinien, *utrùm naturales sint liberi*, *an adoptivi* (6). — Toutefois nous verrons plus tard que, quand le *de cujus* est un affranchi, le droit prétorien ne permet pas que l'enfant adoptif exclue complétement le patron comme l'exclurait au contraire l'enfant issu du mariage (7).

Dans l'ancien droit, la femme *in manu* du *de cujus*, ou la femme *in manu* de son fils, était relativement à lui *loco filiæ* ou *loco neptis :* elle comptait donc aussi parmi les héritiers siens.

L'enfant naturel, qui a été conçu hors mariage, n'est pas sous

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXVI, § 1 *in fine*.

(2) § 2 *De hered. qualit. et differ.* (II, 19). Comp. notre t. I, p. 713.

(3) § 2 (1er alinéa) *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(4) L. 13, D , *De suis et legit.* (38, 16).

(5) Inst., pr. *De senatusc. Orphitiano* (III, 4).

(6) Inst., *eod.* § 2 (1er alinéa *in fine*) *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(7) Inst., § 1 *De success. libert.* (III, 7).

la puissance de son père : donc, à la mort de celui-ci, il ne sera pas appelé à la succession en qualité d'*heres suus*. Du reste, il est possible que l'enfant qui au moment de sa naissance n'est pas soumis à la puissance paternelle tombe plus tard sous cette puissance et acquière ainsi la qualité de *suus*. Cela se présentait, dans l'ancien droit, quand il y avait *causæ probatio* ou *erroris causæ probatio* (1). Cela se présente, dans le Bas-Empire, quand il y a légitimation par oblation à la curie ou par mariage subséquent : les Institutes, qui se sont occupées de cette légitimation à propos de la puissance paternelle et du mariage (2), s'en occupent encore à propos des hérédités *ab intestat* (3). Nous avons déjà étudié suffisamment cette matière importante (4) : nous n'avons donc pas à y revenir ici.

Pour être appelé *ab intestat* en qualité d'*heres suus*, il ne suffit pas d'avoir été sous la puissance paternelle du défunt, il faut avoir été sous sa puissance immédiate. Le défunt avait un fils et un petit-fils issu de ce fils, tous deux sous sa puissance paternelle : son hérédité sera déférée à son fils, non à son petit-fils. Pour que le petit-fils vienne *ab intestat* comme *heres suus* à la succession de son aïeul paternel, il faut nécessairement supposer que le fils n'est plus dans la famille, que par exemple il est prédécédé. Cette règle allait de soi; on a cependant pris la peine de l'exprimer en termes formels, aux Institutes (5).

Nous avons toujours supposé jusqu'à présent que l'*heres suus* a été réellement sous la puissance paternelle du défunt. Dans certains cas particuliers, il n'y aura jamais été. Un homme meurt intestat, laissant sa femme enceinte : certes l'enfant qu'elle met au monde n'a jamais été sous la puissance de son père, et cependant il est appelé comme *suus heres* à recueillir sa succession. De même, Primus a sous sa puissance un fils Secundus qui est marié; Secundus meurt laissant sa femme enceinte, et Primus lui-même meurt avant la naissance de son petit-fils : ce petit-fils, qui n'a jamais été sous

(1) Voy. notre t. I, p. 197 et 281.
(2) § 13 *De nuptiis* (I, 10).
(3) § 2 (2e alinéa) *De heredit. quæ ab intest. defer.*
(4) T. I, p. 281 et suiv.
(5) § 2 (3e alinéa) *De heredit. quæ ab intest. defer.* — Comp. l'observation déjà faite sur le § 2 *De heredum qualit. et differ.* (t. I, p. 713).

la puissance de Primus, viendra néanmoins à sa succession comme *heres suus*. C'est ce que dit très-bien Justinien : *postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt* (1).

Les Institutes indiquent un autre cas où celui qui vient à la succession comme *heres suus* n'était pas, en réalité, *in potestate morientis*. Il s'agit du cas où un fils de famille, fait prisonnier par l'ennemi, est encore en captivité lors de la mort de son père et revient à Rome quelque temps après. *Suus heres parenti efficitur : jus enim postliminii hoc facit* (2). De même que l'enfant qui naît après la mort de son père est réputé né de son vivant, de même celui qui, après avoir été captif chez l'ennemi, revient à Rome, est réputé n'avoir pas cessé de rester *in civitate*. Dans les deux cas, une sorte de fiction vient permettre de substituer une décision plus équitable à celle qu'il faudrait donner si l'on s'en tenait rigoureusement à la réalité.

Si un homme peut quelquefois recueillir *ab intestat*, comme *heres suus*, la succession d'un défunt sous la puissance duquel il n'était réellement pas au jour de sa mort, à l'inverse il peut arriver que l'enfant soumis à la puissance de son père ne recueille pas comme *heres suus* la succession de ce père mort intestat. C'est ce qui arrive lorsque le père après sa mort est reconnu coupable de haute trahison et qu'en conséquence sa mémoire est condamnée. Alors il ne peut pas avoir d'héritier sien : *suum heredem habere non potest, cùm fiscus ei succedit*. Peut-être vaut-il mieux dire qu'il a bien eu un héritier sien, mais que la vocation de celui-ci a été ensuite rescindée : *potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere*(3). Ulpien nous apprend qu'en cas pareil *nec jura sepulchrorum hic filius habet* (4). — Le crime qui entraîne de telles conséquences, ce n'est pas tout crime de lèse-majesté ; c'est seulement le crime de haute trahison. La distinction est parfaitement indiquée par le même jurisconsulte Ulpien : *Is qui in reatu decedit*, dit-il, *integri status decedit : extinguitur enim crimen mortalitate, nisi forte quis*

(1) Inst., § 2 *in fine De heredit. quæ ab intest. defer.*
(2) § 4 *De heredit. quæ ab intest. defer.*
(3) Inst., § 5 *eod. Tit.*
(4) L. 1 § 3, D., *De suis et legit.* (38, 16).

majestatis reus fuit. Nàm hoc crimine, nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. Planè non quisque legis Juliæ majestatis reus est, in eâdem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversùs Rempublicam vel Principem animatus; cæterùm, si quis ex aliâ causâ legis Juliæ majestatis reus sit, morte crimine liberatur (1). — Ulpien suppose que l'accusation a été intentée contre un homme encore vivant. Mais il paraît qu'en vertu d'une Constitution de Marc-Aurèle l'accusation de haute trahison peut même être intentée contre un mort : *etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari potest* (2).

— Quel est précisément l'instant qu'il faut considérer quand on recherche si telle ou telle personne est appelée en qualité d'*heres suus* à la succession *ab intestat* d'un défunt? Ordinairement, c'est l'instant de la mort du *de cujus*. Ainsi, les Institutes disent que, pour savoir si le petit-fils a été appelé par la loi à la succession, il faut examiner si *per id tempus quo quis moreretur* le fils était encore sous la puissance du *de cujus* (3) : s'il y était encore à ce moment, eût-il cessé d'y être une minute après, c'est lui, et non pas le petit-fils, qui s'est trouvé *heres suus*. Mais, comme les Institutes le disent elles-mêmes un peu plus loin, ce n'est point là la véritable règle de droit : il est possible qu'à l'instant où est mort le *de cujus* il eût encore sous sa puissance avec son petit-fils le père de celui-ci et que pourtant le petit-fils ait seul été appelé par la loi à son hérédité. Quelle est donc la véritable règle? C'est qu'il faut considérer le moment où il est certain que le *de cujus* est intestat (4), et ce moment peut être tout autre que celui de sa mort. Exemple. Primus a sous sa puissance un fils Secundus et un petit-fils issu de Secundus ; Primus fait un testament dans lequel il institue pour héritier un de ses amis, en ayant soin d'exhéréder nominativement son fils Secundus; il meurt, et, quelque temps après, son fils Secundus meurt aussi; puis il se trouve que l'institué ne peut ou ne

(1) L. 11, D., *Ad leg. Juliam majestatis* (48, 4).
(2) LL. 7 et 8, C, *Ad leg. Juliam majest.* (9, 8).
(3) § 2 (5e alinéa) *De heredit. quæ ab intest. defer.*
(4) La même règle s'applique quand il s'agit de savoir, à défaut de *sui*, quel est parmi les agnats celui à qui la succession *ab intestat* a été déférée. Voy. Inst., § 6 *De legit. agnat. succ.* (III, 2).

veut faire adition, de sorte que trois ou quatre mois après la mort du *de cujus* on reconnaît que son testament est *destitutum*. Le petit-fils ne va-t-il pas succéder *ab intestat* comme *heres suus?* Il faudrait dire non, si l'on devait toujours considérer le moment de la mort du *de cujus:* car, à ce moment-là, le petit-fils était primé par le fils. Il faut dire oui, parce qu'on doit considérer le moment *quo certum est sine testamento decessisse*, et que, dans notre espèce, à ce moment-là le fils étant déjà mort, le petit-fils n'est primé par personne (1).

Ulpien donnait déjà l'exemple que nous venons de rapporter. Il en donne un deuxième. Le *de cujus* avait sous sa puissance immédiate un fils ou un petit-fils *ex filio;* dans son testament, il a institué le fils sous une condition *quæ fuit in arbitrio ipsius* (2), ou il a institué le petit-fils sous une condition quelconque; après la mort de ce *de cujus*, le fils ou le petit-fils ainsi institué est lui-même venu à mourir *non impletâ conditione:* s'il laisse des enfants, ceux-ci seront appelés comme *heredes sui* à la succession de leur aïeul ou bisaïeul, pourvu qu'au moment de sa mort ils fussent déjà nés ou tout au moins conçus (3). En effet, sans doute à la mort du *de cujus* ces enfants n'étaient pas sous sa puissance immédiate; mais, au moment où il devient certain que l'hérédité ne sera pas déférée *ex testamento*, ils ne sont plus primés par leur père, et cela suffit.

Africain paraît avoir tiré du même principe une conséquence diamétralement opposée à la décision donnée par Ulpien. Africain suppose un homme qui a sous sa puissance un fils et un petit-fils *ex eo filio;* il institue son fils; puis il meurt, laissant sa femme enceinte d'un enfant qu'il n'a ni institué ni exhérédé, *omisso postumo*. Le fils institué meurt *interim*, c'est-à-dire avant qu'on ne sache s'il naîtra ou non un autre enfant du *de cujus;* il se trouve ensuite qu'il n'y a pas de posthume, parce que la veuve accouche d'un enfant mort. Africain décide que le fils institué a succédé *ab intestat* à son père : *quia, eo tempore quo filius moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existit*. Le fils institué étant vivant et la veuve du *de cujus*

(1) Inst., § 7 *De heredit. quæ ab intest. defer.*
(2) Voy. t. I, p. 626 et 627.
(3) L. 1 § 8, D., *De suis et legit.* (38, 16).

étant enceinte, on ne sait pas si l'hérédité sera déférée *ex testamento* ou si au contraire elle sera déférée *ab intestat*, parce que, *nascente postumo*, le testament serait rompu ; mais, à l'instant où meurt le fils institué, il devient certain qu'il n'y aura pas d'hérédité testamentaire, et cet instant est précisément celui qu'il faut considérer pour déférer l'hérédité *ab intestat* : c'est donc le fils lui-même qui s'y trouve appelé à l'instant de sa mort, et non le petit-fils *ex eo filio*. Africain ajoute qu'il arrive ici ce qui arrive *cùm sub eâ conditione, quæ in ipsius potestate erit, filius heres institutus, priusquàm ei pareret, moriatur* (1). Cela peut-il se concilier avec la décision donnée par Ulpien ? Oui, si nous admettons qu'Ulpien suppose une condition qui pouvait s'accomplir *etiam ultimo momento vitæ*, et qu'Africain suppose au contraire une condition telle qu'avant qu'on puisse dire « Le fils est mort, » il est déjà certain qu'elle ne s'accomplira pas. Nous avons effectivement un texte dans lequel le jurisconsulte Marcellus fait très-bien la distinction (2).

En somme, le petit-enfant *ex filio* du *de cujus* n'arrive à la succession *ab intestat* comme *heres suus* qu'autant que son père n'était plus dans la famille au moment où il est devenu certain que le *de cujus* serait intestat, et cela peut n'être devenu certain que longtemps après la mort de ce *de cujus*. Mais, pour que ce petit-enfant puisse ainsi succéder, une autre condition est toujours nécessaire ; il faut toujours qu'il soit né ou tout au moins qu'il ait été conçu avant la mort du *de cujus*. Nous avons déjà vu le jurisconsulte Ulpien exprimer cette idée (3). Justinien l'exprime également dans les termes les plus formels : « Celui qui a été conçu et qui est né après la mort de son aïeul, si son père vient lui-même à mourir et que le testament de son aïeul soit *destitutum*, celui-là n'est pas *suus heres* relativement à son aïeul. » Pourquoi ? *Quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit*. La parenté n'existe véritablement qu'entre deux personnes qui ont coexisté : elle est un rapport entre deux personnes vivantes. Justinien va plus loin : « De même, dit-il, celui qui est adopté par un fils émancipé ne compte pas *inter liberos avi*. » Dans les deux cas dont il s'agit, tout lien de parenté

(1) L. 16, D., *De liberis et post.* (28, 2).
(2) L. 5, D., *De hered. instit.* (28, 5).
(3) L. 1 § 8 *in fine*, D., *De suis et legit.*

faisant défaut, celui qui a été conçu depuis la mort du *de cujus*, celui qui a été adopté par un homme que le *de cujus* avait déjà émancipé, n'obtiendront même pas du Préteur sur les biens laissés par ce *de cujus* la *bonorum possessio undè cognati* (1).

Si celui qui se présente comme étant le fils ou le petit-fils *ex filio* du *de cujus* est né assez longtemps après sa mort, comment saurons-nous s'il était déjà conçu au moment de cette mort? A cet égard, il y avait chez les Romains une sorte de présomption légale : ils considéraient la grossesse comme ne pouvant jamais durer plus de dix mois. En conséquence, celui qui est né plus de dix mois après la mort du *de cujus* ne peut pas être appelé à son hérédité *ab intestat* (2).

— Le petit-enfant *ex filio* ne peut pas venir à l'hérédité *ab intestat* de l'aïeul *de cujus*, lorsque son père existe encore dans la famille. Mais que décider lorsque ce petit-enfant, n'étant plus primé par son père, se trouve en présence d'autres enfants du *de cujus*, qui sont ses oncles ou tantes paternels? Sera-t-il exclu par eux comme il le serait par son père? Ce qui pourrait le faire croire, c'est que ces oncles ou tantes paternels sont au premier degré, tandis que lui n'est qu'au deuxième, par rapport au *de cujus*. Mais on a décidé qu'il viendra en concours avec eux : comme le dit Gaius, *nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit : æquum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere*. Ainsi le petit-enfant prend la place de son père : il vient, avec ses oncles ou tantes, pour la même part qu'aurait son père s'il existait encore dans la famille. Par la même raison, si le *de cujus* a laissé un petit-enfant issu de son fils Primus, et un arrière-

(1) Inst., § 8 *De heredit. quæ ab intest.* Voy aussi LL. 6, 7 et 8 pr., D., *De suis et legit.*

Le Code Napoléon décide également (art. 725) que celui qui n'était pas encore conçu lors de l'ouverture de la succession ne peut pas succéder.

(2) Ulpien, L. 3 § 11, D., *De suis et legit.* Cette règle, qui fixe à dix mois la durée *maximum* de la grossesse, paraît avoir été consacrée déjà par la Loi des douze Tables : *Decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripserant* (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, III, 16). A l'inverse, les Romains, conformément à la doctrine d'Hippocrate, considéraient la durée *minimum* de la grossesse comme étant de 182 jours : même L. 3, § 12, *De suis et legit.*, et L. 12 *De statu hom.* (1, 5).

petit-enfant qui descend d'un autre fils Secundus, l'arrière-petit-enfant, bien qu'il soit au troisième degré par rapport au *de cujus*, ne sera pas exclu par le petit-enfant qui n'est qu'au second degré (1).

Lorsque plusieurs descendants qui ne sont pas tous au premier degré, ou même dont aucun n'est au premier degré, sont ainsi appelés concurremment à l'hérédité *ab intestat*, pour quelle part chacun y est-il appelé? Il est très-possible que ce ne soit point pour une part virile, pour une part calculée uniquement d'après le nombre des personnes appelées, *pro numero virorum*. Comme le disait déjà Gaius, dans le passage qui vient d'être cité, *nepotes neptesve in pàtris sui locum portionemque succedunt*. Les descendants d'un fils du *de cujus*, quel que soit leur nombre, ne prennent jamais, à eux tous, que la part que prendrait ce fils si lui-même était appelé à l'hérédité. Gaius développe cette idée quand il ajoute : *Conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hereditates dividi, ità ut filius partem dimidiam hereditatis ferat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam ; item, si ex duobus filiis nepotes exstent, ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat, et ad tres aut quatuor altera dimidia* (2).

— Nous savons d'après quelles règles les enfants ou descendants du *de cujus* sont appelés par l'ancien droit civil à l'hérédité *ab intestat*. Il reste à voir comment cette hérédité leur est acquise. Du reste, nous retrouvons ici purement et simplement le principe

(1) Gaius, Comment. III, § 7; Inst., § 6 (phrases 1 et 2) *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(2) Comment. III, § 8. Voy. aussi Inst., § 6 *in fine De heredit. quæ ab intest. defer.* — Le Code Napoléon reproduit exactement la doctrine romaine, lorsqu'il dit :

ART. 740. « La représentation est admise dans tous les cas, soit que les « enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant (d'un fils) « prédécédé, soit que, tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les « descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou iné- « gaux. »

ART. 743. « Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage « s'opère par souches; si une même souche a produit plusieurs branches, la « subdivision se fait aussi par souches dans chaque branche, et les membres de « la même branche partagent entre eux par tête. »

que nous avons étudié pour le cas où un *heres suus* est appelé par testament à la succession de son père ou de son aïeul (1). *In suis heredibus*, dit Gaius, *aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt* (2). L'acquisition s'opère à l'instant même où l'hérédité est ouverte, et il n'y a pas besoin pour cela de la volonté de celui qui s'y trouve appelé : *statim quasi continuatur dominium*. En conséquence, si l'héritier est en démence, incapable de volonté, l'acquisition ne s'en opère pas moins ; s'il a un curateur ou un tuteur, il n'y a nul besoin du consentement du curateur ou de l'autorisation du tuteur pour que l'acquisition se trouve consommée (3).

Du reste, que l'*heres suus* soit appelé *ab intestato* par la loi, ou qu'il soit appelé *ex testamento*, dans un cas comme dans l'autre le Préteur vient à son secours, en lui accordant le bénéfice d'abstention (4).

Voilà ce que nous avions à dire des *heredes sui*. Voyons maintenant s'il n'y a pas certaines personnes qui, laissées de côté par le droit civil, sont appelées par le Préteur au même rang que les *sui*.

1° L'enfant émancipé par son père a-t-il quelque droit *ab intestat* à la succession de son père? *Emancipati liberi*, dit Justinien, *jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem XII Tabularum vocantur*. Mais le Préteur, *naturali æquitate motus*, ne tient pas compte de l'émancipation : il traite l'enfant émancipé comme s'il était resté sous la puissance paternelle du *de cujus*, et ce sans distinguer si l'émancipé est seul ou s'il a des frères ou des neveux restés *sui*. Bien entendu, le Préteur ne donne pas à l'émancipé l'hérédité : *nàm Prætor heredes facere non potest ;* mais il lui donne une *bonorum possessio* qu'on appelle *undè liberi* (5).

(1) Inst., § 2 *De heredum qualit. et differ.* (II, 19). Voy. notre t. I, p. 713 et 714.

(2) L. 14, D., *De suis et legit.*

(3) Inst., § 3 *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(4) Inst., § 2 *in fine De hered. qualit. et differ.*

(5) Inst., § 9 *De heredit. quæ ab intest. defer.*; voy. aussi § 2 *De bon. poss.* (III, 9).

Supposons que le fils émancipé est mort au moment où s'ouvre la succession de son père. S'il a laissé des enfants conçus depuis son émancipation, *jure civili* ils n'ont aucun droit à cette succession; mais le Préteur leur donne la *bonorum possessio undè liberi*, comme il la donnerait à l'émancipé lui-même (1).

Que décider si le *de cujus* laisse un fils qu'il a émancipé et des petits-enfants issus de ce fils qu'il a retenus sous sa puissance? *Jure civili*, les petits-enfants sont seuls appelés à l'hérédité; *jure prætorio*, il semble que, l'émancipation étant tenue pour non avenue, le fils seul a droit à la *bonorunn possessio*. Mais une sorte de transaction avait été admise, et admise par le Préteur lui-même : le Préteur donne la *bonorum possessio* pour moitié au fils émancipé et pour l'autre moitié à ses enfants. *Hoc Edictum æquissimum est*, dit Ulpien : *ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo* (2).

2° Supposons maintenant un enfant qui a été autrefois sous la puissance paternelle du *de cujus*, mais qui de son vivant a passé dans une famille adoptive. Il est certain que *jure civili* cet enfant a perdu toute espèce de droit à l'hérédité *ab intestat* du *de cujus*, puisqu'il n'est plus sous sa puissance au moment où s'ouvre cette hérédité. Mais le Préteur ne vient-il pas à son secours, comme il vient au secours de celui que le *de cujus* a émancipé? Il faut distinguer. Si l'enfant donné en adoption par le *de cujus* est encore *in adoptivâ familiâ* à la mort de celui-ci, le Préteur ne lui donnera pas la *bonorum possessio undè liberi* : celui qui est réellement *in adoptivâ familiâ* ne peut pas être considéré comme étant néanmoins resté *in familiâ naturali*. Mais, si l'enfant donné en adoption par son père naturel a été émancipé, du vivant de celui-ci, par son père adoptif, de sorte qu'à la mort du père naturel il est *sui juris* et hors de la famille adoptive, *perindè admittitur ad bona naturalis patris ac si emancipatus ab ipso esset nec unquàm in adoptivâ familiâ fuisset*. Que s'il n'a été émancipé par le père adoptif qu'après la mort du père naturel, il n'acquiert par là aucun droit à la *bono-*

(1) Pomponius, L. 5 § 1 *in fine*, D., *Si tabulæ testam. nullæ exst.* (38, 6).

(2) L. 1 pr. et § 1, D., *De conjung. cum emancip. liberis* (37, 8). Comp. . I, p. 636.

rum possessio undè liberi vis à vis du père naturel : il serait par trop bizarre que, la succession du père naturel une fois ouverte, il pût dépendre du père adoptif de la faire arriver à l'enfant du *de cujus* plutôt qu'à ses agnats (1).

Justinien, au § 10 du Titre des Institutes qui nous occupe, ne suppose pas que le *de cujus* a lui-même donné son enfant en adoption à un tiers; il suppose que le *de cujus* a émancipé son enfant et que celui-ci, devenu *sui juris*, s'est donné en adrogation à un tiers. Certes tout ce qui vient d'être dit au sujet de l'enfant donné en adoption par son père s'applique également à celui qui, émancipé par son père, s'est ensuite donné en adrogation. Mais il peut paraître singulier que Justinien se soit attaché uniquement à cette dernière hypothèse. Comment nous l'expliquerons-nous? Par cette circonstance que, dans le droit de Justinien, l'enfant que son père donne en adoption reste, en général, sous la puissance de son père, à moins qu'il n'ait été donné en adoption à un ascendant (2). Justinien, voulant parler d'un enfant qui est sorti de la famille civile de son père, qui ne peut plus être appelé *jure civili* à la succession *ab intestat* de son père, qui peut seulement suivant les cas y être appelé *jure prætorio*, a donc dû écarter l'hypothèse de l'enfant donné en adoption par son père, puisque dans cette hypothèse, en général, du temps de Justinien, l'enfant continue d'être *suus* et par conséquent se trouve appelé à l'hérédité *ab intestat* même d'après les principes du droit civil. En un mot, ce que Justinien décide dans le § 10, au sujet de l'enfant émancipé qui se donne en adrogation, cela était également vrai avant Justinien, mais a cessé de l'être toujours dans le droit de Justinien, au sujet de l'enfant donné en adoption par son père.

(1) Inst., § 10 *De heredit. quæ ab intest. defer.* Ces principes nous étaient déjà connus : nous les avons indiqués en parlant de la *bonorum possessio contrà tabulas* (t. I, p. 635). En effet, comme le dit Ulpien, les mêmes personnes qui auraient droit à cette *bonorum possessio contrà tabulas* ont droit à la *bonorum possessio undè liberi* : voy. L. 1 §§ 5 et 6, D., *Si tab. testam. nullæ* (38, 6). Cette idée est également exprimée par Justinien : Inst., § 12 *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(2) Nous avons déjà étudié cette innovation de Justinien (t. I, p. 297), et nous aurons bientôt occasion d'y revenir (Inst., § 14 *De heredit. quæ ab intest. defer.*).

L'enfant qui à la mort du père naturel se trouve encore *in adoptivâ familiâ* n'a droit, avons-nous dit, sur les biens du père naturel, ni à la *bonorum possessio contrà tabulas* ni à la *bonorum possessio undè liberi*. Le Préteur ne lui donne-t-il jamais aucun droit à ces biens? Peut-être lui donnera-t-il la *bonorum possessio undè cognati*, mais cela suppose que, le *de cujus* étant mort intestat, personne ne peut réclamer l'hérédité ou la *bonorum possessio*, soit en qualité de descendant, soit en qualité d'agnat (1).

En recherchant quel droit peut avoir un enfant à la succession *ab intestat* du père qui l'a émancipé ou qui l'a donné en adoption, nous avons toujours supposé que ce père est un *pater naturalis*, que l'enfant est issu de son mariage. Si, après avoir adopté Titius, je l'émancipe ou je le donne en adoption à un tiers, toute espèce de lien entre lui et moi disparaît : Titius redevient ce qu'il était avant que je ne l'eusse adopté, et, par conséquent, ni *jure civili* ni même *jure prætorio* il ne peut rien prétendre à ma succession (2).

3° Titius était déjà né ou tout au moins conçu lorsque son père a été émancipé. Son père mourant intestat, comme Titius ne se trouvait pas *in ejus potestate*, le droit civil ne l'appelle pas en qualité d'*heres suus* à la succession. Mais le droit prétorien vient à son secours : *Si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei patris emancipati bonorum possessio* (3). — De même, un homme qui avait sous sa puissance un fils et un petit-enfant *ex eo filio* a émancipé ce petit-enfant : le petit-enfant est sorti de la famille de son aïeul, qui est aussi celle de son père : donc, si son père vient à mourir intestat, il n'est point appelé *jure civili* à son hérédité; mais il obtiendra du Préteur la *bonorum possessio undè liberi* (4).

4° Lorsque l'empereur donne le *jus civitatis* à un pérégrin et à ses enfants, ceux-ci ne tombent point par cela seul sous la puissance paternelle; et même, lorsqu'il donne ce *jus civitatis* à un

(1) Gaius, Comment. III, § 31 ; Inst., § 13 *De heredit. quæ ab intest. defer* et § 3 *De success. cognat.* (III, 5).

(2) Inst., § 11 *De heredit. quæ ab intest. defer.* Comp. § 4 *De exhered. liber.* (II, 13).

(3) Pomponius, L. 5 § 1, D., *Si tab. testam. nullæ* (38, 6).

(4) Comp. t. I, p. 635

pérégrin et à sa femme enceinte, *quamvis is qui nascitur romanus sit, tamen in potestate patris non fit* (1). En conséquence, les enfants dont il s'agit, n'étant pas sous la puissance de leur père au moment de sa mort, ne seront pas appelés à sa succession comme *heredes sui;* mais le Préteur leur donnera la *bonorum possessio undè liberi*, comme il la donne en général aux enfants *qui legitimo jure deficiuntur* (2).

— Les descendants du *de cujus* qui sont appelés à sa succession *ab intestat* par le Préteur seul et non par le droit civil, y sont appelés lors même qu'il existe des *heredes sui :* ceux-ci subissent alors un concours que, d'après les principes du pur droit civil, ils n'auraient pas à subir (3). Dans ce cas, le Préteur, qui veut corriger une iniquité, en commettrait lui-même une très-grande s'il n'imposait pas une certaine charge aux *bonorum possessores* qu'il admet à venir partager la succession avec les *heredes sui*. Comme le dit Ulpien, *cùm Prætor ad bonorum possessionem emancipatos admittat, participesque faciat, cum his qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit ut sua quoque bona in medium conferant qui appetant paterna* (4) : les émancipés ne sont admis au partage des biens laissés par le *de cujus* qu'à la charge de rapporter à la masse ce qu'eux-mêmes ont pu acquérir depuis qu'ils sont *sui juris*. Sans doute Ulpien suppose uniquement le cas de la *bonorum possessio contrà tabulas* (5); mais il n'est pas douteux que le même principe s'applique au cas de la *bonorum possessio undè liberi*, et nous avons un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, dans lequel, s'adressant à un fils émancipé qui prétend partager la succession paternelle avec son frère resté en puissance, ils lui disent : *Ab intestato te ad successionem paternam venientem, ad collationem forma Edicti perpetui certo jure provocat* (6).

Il est de principe que la *collatio bonorum* ne peut être exigée par le *suus* qu'autant qu'il souffre de la vocation du *bonorum possessor*,

(1) Gaius, Comment. I, §§ 93 et 94.

(2) Gaius, Comment. III, §§ 20, 25 et 26.

(3) Voy. notamment Gaius, Comment. III, § 26 *in fine;* Inst., § 9 *in fine De heredit. quæ ab intest. defer.*

(4) L. 1 pr., D., *De collat. bon.* (37, 6).

(5) Comp. notre t. I, p. 636.

(6) L. 9, C., *De collationibus* (6, 20).

et qu'elle ne peut jamais être exigée par d'autres que par le *suus*. Ce principe est clairement formulé par le jurisconsulte Ulpien (1). En voici quelques applications :

1° Un homme meurt intestat, laissant deux enfants. L'un, Primus, est resté sous sa puissance jusqu'au jour de sa mort. L'autre, Secundus, a été émancipé par lui ; il a des enfants, qui étaient nés ou conçus lors de l'émancipation, et qui sont restés sous la puissance de leur aïeul jusqu'à sa mort. A qui est déférée la succession ? Primus en prend la moitié, comme *heres suus ;* les enfants de Secundus en prennent le quart, également comme *heredes sui ;* enfin Secundus lui-même en prend le quart, comme *bonorum possessor* (2). Mais Secundus ne doit-il pas faire le rapport de ses biens ? Il doit le faire. Seulement, il ne doit pas le faire à Primus : car Primus ne souffre pas de ce que le Préteur appelle Secundus à la succession ; Secundus n'y fût-il pas appelé, Primus n'aurait jamais droit qu'à la moitié. Ce sont les enfants de Secundus qui souffrent de ce que Secundus est appelé à la succession : s'il n'y était pas appelé, ils auraient la moitié au lieu d'avoir le quart. C'est donc à ses enfants, et à eux seuls, que Secundus doit le rapport : *Voluit Prætor*, dit Ulpien, *emancipatum filiis suis, qui sunt in potestate, solis conferre. Meritò : quia veniendo ad bonorum possessionem, illis solis injuriam facit* (3).

2° Un homme qui meurt intestat laisse quatre enfants, deux qu'il a retenus sous sa puissance et deux qu'il a émancipés. Chacun des émancipés doit le rapport ; mais il le doit aux deux *sui* et non à l'autre émancipé (4).

Nous verrons un peu plus loin quelles innovations ont été apportées par Justinien en matière de *collatio bonorum*.

— La *collatio dotis* est soumise à des règles particulières. La femme dotée, venant à la succession de son père ou de son aïeul paternel autrement que par une disposition de dernière volonté, cette femme doit rapporter la dot constituée pour elle, lors même qu'elle serait toujours restée sous la puissance du *de cujus* et qu'elle

(1) L. 1 § 5, D., *D. collat. bon.* (37, 6).
(2) Voy. ci-dessus, p. 15.
(3) L. 1 § 12, D., *De conjung. cum emancip. liberis* (37, 8).
(4) Julien, L. 3 § 3, D., *De collat. bon.* (37, 6).



viendrait comme *heres sua*. Sur ce point, je citerai seulement deux textes. Voici d'abord un rescrit de l'empereur Gordien : *Filiæ dotem in medium ità demùm conferre coguntur si vel ab intestato succedant vel contrà tabulas petant; nec dùbium est profectitiam seu adventitiam dotem... fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse* (1). Voici maintenant un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien : *Filiæ, licet maneat in sacris, si dotem non conferat, quam mortis tempore communis patris habuit, fratribus in eâdem familiâ constitutis, actiones hereditarias denegari non ambigitur* (2).

Il paraît que les jurisconsultes romains ont beaucoup discuté sur le point de savoir s'il n'y a aucune distinction à faire entre la dot profectice (c'est-à-dire constituée à la femme par son ascendant paternel) et la dot adventice (constituée par toute autre personne). On a fini par décider que la dot adventice doit être rapportée seulement aux *sui*, tandis que la dot profectice doit être rapportée même aux émancipés : *His qui in familiâ defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem, post varias prudentium opiniones, conferri placuit* (3).

L'empereur Léon, par une Constitution de l'an 467, a introduit plusieurs innovations dans cette matière du rapport. Il a décidé que la *donatio antè nuptias* comme la dot, venant d'un ascendant quelconque, paternel ou maternel, doit être rapportée par le descendant, toutes les fois qu'il arrive *ab intestat* à la succession de cet ascendant (4).

Après avoir étudié les règles de l'ancien droit civil en ce qui concerne les *heredes sui*, nous avons étudié les modifications apportées à ces règles par le droit prétorien (5). Nous avons maintenant

(1) L. 4, C., *De collation.* (6, 20). Un texte d'Ulpien, la L. 1 § 7, D., *De dotis collat.* (37, 7), prouve, plus clairement encore, que la fille doit rapporter la dot qui lui a été constituée *ab extraneo*, c'est-à-dire par un autre que par le *de cujus*.

(2) L. 12, C., *De collation.*

(3) L. 4, déjà citée, *De collation.*

(4) L. 17, C., *De collation.*

(5) Et à ce sujet nous avons dit quelques mots de la *collatio*, qui a son origine première dans le droit prétorien.

à voir si les Constitutions impériales n'ont pas, de leur côté, apporté de nouvelles modifications à l'ancien système.

Un homme meurt intestat, laissant des petits-enfants issus d'une fille prédécédée : ces petits-enfants ont-ils quelque droit à la succession? *Jure civili*, ils n'en ont aucun; *jure prætorio*, ils peuvent obtenir seulement une *bonorum possessio undè cognati*, ce qui suppose que le *de cujus* ne laisse ni enfants ni descendants *ex filio* ni agnats (1). C'était là une doctrine bien rigoureuse; elle n'a été changée qu'en 389, par une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. Voici l'analyse des dispositions contenues dans cette importante Constitution, dont le texte original nous a été conservé au Code Théodosien (2) :

Lorsque le *de cujus* laisse un ou plusieurs enfants, et un ou plusieurs petits-enfants issus d'une fille prédécédée, ces petits-enfants sont appelés à concourir avec leurs oncles ou tantes, *cum avunculis sive materteris;* mais ils n'ont droit qu'aux deux tiers de la part à laquelle leur mère aurait été appelée (*hâc* L. 4, pr.). — Cette première disposition est encore en vigueur dans le droit de Justinien (3).

Lorsque le *de cujus* laisse seulement des petits-enfants issus d'une fille prédécédée et des agnats (*qui præferri nepotibus possint*), alors *in quamdam Falcidiam et in dodrantem nepotes jure succedunt*, les petits-enfants *ex filiâ* ont droit aux trois quarts, et les agnats au quart de la succession (*h.* L. 4, § 1). — Non-seulement cette seconde disposition n'est pas reproduite dans le droit de Justinien (4), mais même elle y est expressément abrogée. Dans le droit de Justinien, les descendants excluent toujours les agnats : *minimè possint agnati quartam partem hereditatis mortuæ personæ sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur* (5).

Lorsque c'est une femme qui est morte *intestata*, laissant des petits-enfants issus d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée,

(1) Inst., § 15 (alinéa 1) *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(2) L. 4, C. Th., *De legit. hered.* (5, 1).

(3) L. 9, C. Just., *De suis et legit.* (6, 55); Inst., § 15 (2e alinéa) *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(4) Comp. L. 9, C. Just., *De suis et legit.*

(5) L. 12, C. Just., *De suis et legit.* Voy. aussi, Inst., § 16 *De heredit. quæ ab intest. defer.*

ces petits-enfants doivent venir à la succession de leur grand'mère comme ils viendraient à celle de leur grand-père maternel (*h*. L. 4, § 2). — Cette troisième disposition est reproduite dans le droit de Justinien (1). Elle se rattache au Sénatusconsulte Orphitien, dont nous parlerons plus tard (2).

Les règles qui viennent d'être posées pour le cas où le *de cujus* est mort intestat peuvent également s'appliquer lorsqu'il laisse un testament dans lequel ses petits-enfants sont omis ou exhérédés, les petits-enfants ayant toujours le droit d'attaquer le testament (par exemple au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*), comme l'aurait fait le père ou la mère qu'ils représentent (*h*. L. 4, § 3). — Cette quatrième disposition a passé sans changement dans le Code de Justinien (3).

— Toutes les fois que les petits-enfants, ainsi appelés à la succession de leur grand-père maternel ou de leur grand'mère, y viennent en concours avec leurs oncles ou tantes, ou avec des cousins issus d'oncles ou tantes prédécédés, la succession se distribue *in stirpes* et non point *in capita*. Sous ce rapport, ainsi que le remarquent les Institutes, les petits-enfants dont nous parlons sont traités comme l'étaient déjà dans l'ancien droit les petits-enfants *sui* (4). Mais, sous un autre rapport, il y a une différence considérable : les petits-enfants *sui* sont en même temps *necessarii*, ils sont investis de la succession au moment où elle leur est déférée, sans avoir à faire adition, et même à leur insu (5) ; au contraire, les petits-enfants appelés à la succession de leur grand-père maternel ou de leur grand'mère sont des *heredes extranei*, ils ne sont investis des droits et des dettes du défunt qu'après avoir fait adition, et, en effet, Justinien suppose expressément qu'ils font adition (6).

(1) L. 9, C. Just., *De suis et legit.* Aux Institutes, le § 15 *De heredit. quæ ab intest. defer.* met sur la même ligne le cas où il s'agit de la succession du grand-père maternel et celui où il s'agit de la succession de la grand'mère.

(2) Inst., § 1 *De senatusc. Orphit.* (III, 4).

(3) L. 9 *in fine De suis et legit.*

(4) § 16 *in fine De heredit. quæ ab intest.* Comp. § 6 *eod. Tit.*, et, ci-dessus, p. 12 et 13.

(5) Inst., § 3 *De heredit. quæ ab intest. defer.* Voy. aussi, ci-dessus, p. 13 et 14.

(6) Inst., § 15 (vers la fin) *eod. Tit.*

— Nous n'avons plus qu'à signaler les innovations de Justinien en ce qui concerne les enfants adoptifs et en ce qui concerne le rapport.

1° Lorsqu'un enfant est encore *in adoptivâ familiâ* à la mort du père naturel qui l'a donné en adoption, nous savons qu'avant Justinien *jure civili* il ne peut absolument pas venir *ab intestat* à cette succession; *jure prætorio* il pourrait y venir seulement au moyen de la *bonorum possessio undè cognati* (1). Toutefois, dans le cas particulier où l'enfant a été donné en adoption à son ascendant paternel, le Préteur lui permet, à la mort de celui qui l'a donné en adoption, de venir lui succéder au moyen de la *bonorum possessio undè liberi* : cela est dit expressément pour la *bonorum possessio contrà tabulas* (2); or, quand il s'agit de la *bonorum possessio undè liberi*, *liberos accipere debemus quos ad contrà tabulas bonorum possessionem admittendos diximus* (3). Voilà quelle est la position de l'enfant vis à vis du père ou de l'aïeul qui l'a donné en adoption. Vis à vis de l'adoptant, si celui-ci l'a gardé sous sa puissance jusqu'au jour de sa mort, l'enfant a bien les droits d'un *suus*; mais, émancipé par l'adoptant, l'enfant n'a plus aucun droit *ab intestat*, ni *jure civili* ni *jure prætorio*. Ainsi, donné en adoption à un homme qui n'est point son ascendant paternel, si à la mort du père naturel, il est encore *in adoptivâ familiâ*, la succession du père naturel lui échappera presque toujours; et, d'un autre côté, si maintenant le père adoptif l'émancipe, il se trouve également privé de la succession de ce père adoptif. Voilà ce que Justinien a voulu corriger. En conséquence, il décide qu'en général l'adopté reste dans sa famille naturelle : *integra omnia jura ità servantur atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitùs adoptio fuisset subsecuta*; l'effet de l'adoption se borne à permettre à l'adopté de venir *ab intestat* à la succession de l'adoptant. L'adopté pourra succéder *ab intestat* à l'adoptant; *testamento autem ab eo facto, neque jure civili neque prætorio, aliquid ex hereditate ejus persequi potest, neque contrà tabulas bonorum possessione agnitâ, neque inofficiosi querelâ institutâ, cùm nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum*

(1) Ci-dessus, p. 17.
(2) Voy. notre t. I, p. 298.
(3) Ulpien, L. 1 § 6, D., *Si tabulæ test. nullæ ext.* (38, 6).

instituere vel exheredatum facere... Il y a seulement un cas dans lequel l'adopté acquiert tous les droits d'un *suus* par rapport à l'adoptant, dans lequel Justinien conserve à l'adoption son ancien effet : c'est le cas où l'adoptant est l'ascendant paternel ou maternel de l'adopté (1). Dans ce cas particulier, les interprètes disent que l'adoption est *plena*, tandis qu'elle est *minùs plena* dans les cas ordinaires.

L'enfant adopté par un *extraneus* n'acquiert vis à vis de lui qu'un droit de succession *ab intestat*, lors même, dit Justinien, qu'il aurait été adopté, en vertu du Sénatusconsulte Sabinien, *ex tribus maribus* (2). Ce Sénatusconsulte Sabinien paraît avoir été rendu sous le règne de Marc-Aurèle. Il décidait que, lorsqu'un homme ayant trois fils sous sa puissance donne l'un d'eux en adoption, l'adoptant doit laisser à celui-ci le quart de ses biens, faute de quoi l'adopté peut réclamer ce quart contre les héritiers de l'adoptant (3). *Id Senatusconsultum*, dit Cujas, *pertinet ad jura concessa eis qui tres mares liberos habebant : nàm, si erant curialis conditionis, poterant unum dare Senatui urbis Romæ atque ità liberari a conditione curiali* (L. *ult.*, C., De Decurion.); *sic, qui tres liberos mares habebat, si unum dabat in adoptionem, ei ab adoptatore relinquenda erat quarta pars suorum bonorum, exemplo impuberis adrogati, cui ex Constitutione Antonini relinquenda est quarta pars* (4).

Dans le droit de Justinien, l'enfant adopté par un ascendant conserve-t-il, par rapport à celui qui l'a donné en adoption, la position qu'il avait anciennement *jure prætorio*, c'est-à-dire la *bonorum possessio undè cognati*, et même, l'adoptant étant un ascendant paternel, la *bonorum possessio undè liberi ?* La question est débattue entre les interprètes. Justinien a voulu améliorer et non pas empirer la condition de l'adopté : je crois donc qu'il ne lui a retiré aucun des droits qu'il avait anciennement vis à vis de son père naturel (5).

(1) Inst., § 14 *De heredit. quæ ab intest. defer.* La Constitution à laquelle renvoie ce texte, c'est la L. 10, C., *De adopt.* (8, 48). Comp. Inst., § 2 *De adopt.* (1,11).

(2) L. 10 § 3, C., *De adopt.*; Inst., § 14 *De heredit. quæ ab intest. defer.*

(3) Voy. la paraphrase des Institutes par Théophile, sur le § 14.

(4) Comment. sur la L. 10 du Titre *De bon. poss. contrà tab.*, au Digeste.

(5) Voy., en ce sens, M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 412.

2° Comme nous le savons déjà, l'empereur Léon avait décidé que le descendant qui aurait reçu de son ascendant une dot ou une donation *antè nuptias* en devrait le rapport lorsqu'il viendrait *ab intestat* à la succession de cet ascendant. Cette Constitution de Léon avait donné lieu à des difficultés. Pour les trancher, Justinien dispose, en 528, que les fils ou filles du *de cujus* doivent ce rapport à ses petits-enfants; que, de leur côté, les petits-enfants doivent rapporter à leurs oncles ou tantes la dot ou la donation *antè nuptias* constituée au profit de leur père ou de leur mère qu'ils représentent (1).— Par une Constitution de 529, Justinien ordonne que ceux qui profiteront de la *collatio dotis vel antè nuptias donationis* devront, de leur côté, rapporter toute donation, *simplicem donationem*, qu'ils auraient reçue du *de cujus* (2).—Enfin une Constitution de l'an 530 porte que désormais les biens adventices ne doivent plus être rapportés par l'enfant à qui ils appartiennent: *Ut castrense peculium in commune conferre, in hæreditate dividendâ, et ex prisci juris auctoritate, minimè cogebantur, ità et alias res quæ minimè parentibus adquiruntur proprias liberis manere censemus* (3).

SECONDE PARTIE. — DES AGNATS ET DE CEUX QUI ONT ÉTÉ ASSIMILÉS AUX AGNATS.

Nous savons déjà que la loi des douze Tables appelait à l'hérédité *ab intestat*, en l'absence d'un héritier sien, le plus proche agnat du défunt : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* (4).

Nous savons également ce que sont les agnats : nous l'avons vu notamment en traitant de la tutelle (5). Sont agnats l'un de l'au-

(1) L. 19, C., *De collat.* (6, 20).

(2) L. 20 § 1 *eod. Tit.*

(3) L. 21 *eod. Tit.*

(4) *Fragm. d'Ulpien*, XXVI, § 1; Gaius, Comment. III, § 9; Inst., pr. *De legit. agnat. success.* (III, 2).

(5) Gaius, Comment. I, § 156; Inst., § 1 *De legit. agnat. tut.* (I, 15). Comp. notre t. I, p. 346.

tre ceux qui font partie de la même famille civile : ainsi, deux frères nés du même père (*consanguinei*), sans distinguer s'ils ont ou non la même mère; le neveu et son oncle paternel (*patruus*); les enfants nés de deux frères (*fratres patrueles*), etc. Ce n'est pas seulement la conception dans le mariage, c'est aussi l'adoption, qui fait qu'on est membre d'une certaine famille civile : ainsi, lorsque mon père ou mon oncle paternel adopte un enfant, cet enfant devient immédiatement mon agnat (1).

A proprement parler, un affranchi ne fait jamais partie d'une famille civile. Il est possible qu'avant d'être esclave il ait été soumis à la puissance paternelle, qu'il ait été dans une famille; mais le lien civil qui en résultait n'a pas pu survivre à la *maxima capitis deminutio* qu'il a encourue. Il est donc vrai de dire qu'un affranchi ne peut pas avoir d'agnats. S'il était adopté, il entrerait dans le lien de l'agnation; mais il faut se rappeler qu'il ne peut être adopté que par son patron (2).

— Lorsque le *de cujus* qui meurt intestat laisse plusieurs agnats, sont-ils tous appelés à l'hérédité? Oui, s'ils sont tous au même degré, tous au second ou tous au troisième degré; mais s'ils sont à des degrés inégaux, la préférence appartient à l'agnat ou aux agnats du degré le plus proche. *Quamvis singulari numero usa lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, et si plures sint ejusdem gradûs, omnes admittantur* (3).— On applique ici à la rigueur la disposition qui appelle seulement le *proximus*, qui veut que le degré le plus proche exclue le plus éloigné : on n'admet pas qu'un agnat puisse, pour concourir avec un autre, monter au degré de son père prédécédé. Comme le dit Gaius, si le *de cujus* laisse un frère et un neveu, fils d'un frère prédécédé, ici, contrairement à l'interprétation admise *inter suos heredes*, le frère exclura le neveu, *quia gradu præcedit*. Par voie de conséquence, si le *de cujus* laisse des neveux, fils de deux frères prédécédés, on est arrivé à dire que l'hérédité se partagerait *in capita* et non pas *in stirpes, ità ut singuli singulas portiones ferant* (4).

(1) Inst., § 1 (1er alinéa) et § 2 *De legit. agnat. success.*
(2) Ulpien, L. 15 § 3, D., *De adopt.* (1, 7).
(3) Inst., § 5 *De legit. agnat. success.*
(4) Gaius, Comment. III, §§ 15 et 16.

A quel moment se place-t-on pour voir qui est le *proximus agnatus?* On suit ici la même règle que pour les *sui*: on se place à l'instant où il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire. *Melius esse visum est*, dit Gaius, *tùm requiri proximum cùm certum esse cœperit neminem ex testamento fore heredem* (1). D'après cela, lorsqu'un homme qui a fait un testament meurt laissant un frère et un oncle paternel, si le frère vient à mourir et qu'ensuite l'héritier institué ne puisse ou ne veuille faire adition, il se trouve que le frère n'a jamais été appelé à l'hérédité légitime.

— Le texte des douze Tables, *agnatus proximus familiam habeto*, avait encore donné lieu à une autre décision, qui a quelque chose d'un peu singulier. Un homme qui n'a point fait de testament meurt laissant un frère et un oncle paternel : qui est appelé à son hérédité ? C'est uniquement le frère; ce n'est point l'oncle, puisqu'il n'est pas le *proximus agnatus*. D'où la conséquence que, le frère vînt-il à mourir sans avoir fait adition ou vînt-il à répudier, l'oncle n'acquiert pas pour cela un droit quelconque à cette hérédité à laquelle la loi des douze Tables ne l'appelle pas. C'est ce que Gaius exprime quand il dit : *Nec in eo jure successio est* (2), le mot *successio* exprimant la dévolution d'un degré à l'autre. Ainsi, sous l'empire de la loi des douze Tables, le *proximus agnatus* ne recueillant pas l'hérédité qui lui est déférée, le droit à cette hérédité passe aux *gentiles* et non pas aux autres agnats (3).

La rigueur de cette règle qui n'admet pas la dévolution d'un degré à l'autre pouvait, du reste, être corrigée de deux manières :

1° Supposons que le *proximus agnatus*, appelé à l'hérédité, soit disposé à la répudier, tandis que l'agnat du degré subséquent serait heureux de la recueillir. Ces deux agnats s'entendront l'un avec l'autre : le *proximus* ne répudiera pas, il ne fera pas non plus

(1) Comment. III, § 13. Voy. aussi Inst., § 1 *in fine* et § 6 *De legit. agnat. success.*

(2) Comment. III, § 12; Inst., § 7 (au commencement) *De legit. agnat. succ.*

(3) Au contraire, en matière de tutelle, une certaine *successio* était admise entre les agnats : *In onere tutelarum*, disent les Institutes, *et proximo gradu deficiente, sequens succedit* (même § 7, *in fine*). Ainsi, le frère du pupille appelé à la tutelle légitime vient à subir une *capitis deminutio : qui post eum est*, dit Ulpien, *succedit in tutelæ administrationem*. L. 3 § 9, D., *De legit. tutor.* (26, 4).

adition ; mais, au moyen d'une *in jure cessio*, il transférera tout son droit à l'autre agnat. *Si is ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii antè aditionem cedat, id est antequàm heres extiterit, perindè fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (1).

2° Le *proximus agnatus* n'ayant pas pu ou n'ayant pas voulu recueillir l'hérédité, l'agnat du degré subséquent, qui en droit civil reste exclu de cette hérédité, trouve quelquefois une ressource dans le droit prétorien. Aux Institutes, après avoir posé la règle suivant laquelle, en droit civil, il n'y a pas *successio* d'un degré à l'autre dans l'ordre des agnats, les *sequentes* n'étant jamais admis, on ajoute : *Quod iterùm prætores, imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpotè agnationis jure eis recluso* (2). Ainsi l'agnat du degré subséquent pourra obtenir du Préteur la *bonorum possessio undè cognati*. Mais c'est là un remède qui ne sera pas toujours efficace. Supposons, par exemple, que le *de cujus* a laissé un frère germain, un frère utérin et un oncle paternel ; le frère germain répudie l'hérédité à laquelle il est appelé, ou meurt sans avoir fait adition: si l'agnat du degré subséquent, c'est-à-dire l'oncle, ne peut jamais avoir que la *bonorum possessio undè cognati*, elle ne lui sera ici d'aucun secours, attendu que dans l'ordre des cognats il est primé par le frère utérin. Mais Gaius nous apprend que certains jurisconsultes étaient d'avis de donner à cet agnat *sequens* la *bonorum possessio undè legitimi*, ce qui lui aurait permis de primer absolument tous les cognats. Gaius vient d'établir que le Préteur appelle les agnats *capite deminuti*, non pas au second rang (*bonorum possessio undè legitimi*), mais au troisième (*bonorum possessio undè cognati*). Il continue ainsi : *Idem juris est, ut quidam putant, in ejus agnati personâ qui, proximo agnato omittente hereditatem, nihilomagis jure legitimo admittitur ; sed sunt qui putant hunc eodem gradu a Prætore vocari quo etiam per legem agnatis hereditas datur* (3).

(1) Gaius, Comment. II, § 35; comp. Comment. III, § 85. Voy. aussi *Fragm. d'Ulpien*, XIX, §§ 12, 13 et 14.

(2) § 7 (phrase 2) *De legit. agnat. success.*

(3) Comment III, § 28.



Voilà pour l'ancien droit. Étudions maintenant les modifications qui successivement y ont été apportées.

En ce qui concerne les femmes, dit Gaius, on a établi une règle différente suivant qu'il s'agit de savoir qui leur succédera ou de savoir comment elles-mêmes sont appelées à la succession d'autrui : *nàm feminarum hereditates perindè ad nos, agnationis jure, redeunt atque masculorum; nostræ verò hereditates ad feminas ultrà consanguineorum gradum non pertinent* (1). Une hérédité *ab intestat* peut bien être déférée à la *consanguinea* (sœur germaine ou consanguine) du *de cujus;* mais, à défaut d'agnats du second degré, elle ne serait point déférée à la fille de son frère, à la sœur de son père, etc. En principe, une femme ne succède point *agnationis jure;* il y a seulement exception au profit de la *consanguinea*. Du reste, comme le remarque Gaius (2), l'exception comprend la mère ou la *noverca* du *de cujus*, si elle a été *in manu mariti* : car la femme qui est pour mon père *loco filiæ* est nécessairement pour moi *loco consanguineæ*.

D'où vient ce principe en vertu duquel les agnates n'ont pas le même droit de succession qui appartient aux agnats? Suivant Paul, *id jure civili, Voconianâ ratione, videtur effectum* (3). Le principe a été établi par l'interprétation des prudents, lesquels, se conformant à l'esprit de la loi Voconia, ont étendu la disposition rigoureuse qu'elle contenait relativement aux femmes (4). — *Quod ideò ità constitutum erat*, dit de son côté Justinien, *quia commodius videbatur ità jura constitui ut plerumque hereditates ad masculos confluerent... Media jurisprudentia, quæ erat lege duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quâdam excogitatâ, præfatam differentiam inducebat....* (5).

Ici encore le Préteur venait au secours de la personne exclue par le droit civil : *Feminæ certè agnatæ, quæ consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres*

(1) Comment. III, § 14.
(2) Même § 14, *in fine.*
(3) *Sentences*, IV, VIII, § 22.
(4) Voy. t. I, p. 641 et 642.
(5) Inst., § 3 (alinéa 1er) *De legit. agnat. success.*

neque agnatus ullus erit (1). Même en l'absence d'*heres suus* et d'agnat, l'agnate dont il s'agit n'était pas bien sûre de venir à la succession *jure prætorio* : car elle pouvait être primée par un cognat plus proche en degré, comme le remarque très-bien Justinien (2).

Justinien constate que la jurisprudence avait fait prévaloir une règle inique : *non piam induxit differentiam*. Revenant purement et simplement au principe de la loi des douze Tables, il veut que les agnates soient appelées à l'hérédité légitime, exactement comme les agnats, de manière qu'on s'attache toujours à la proximité du degré et non au sexe de la personne (3).

— A la fin du ve siècle ou au commencement du vi^e, l'empereur Anastase avait décidé que certains agnats, les frères ou sœurs, seraient considérés comme conservant cette qualité d'agnats nonobstant leur émancipation (4). Justinien, parlant de ces frères ou sœurs émancipés, s'exprime ainsi : *Eos lex Anastasiana, cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliquâ deminutione quam facile est ex ipsius Constitutionis verbis colligere; aliis verò agnatis inferioris gradûs, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis* (5). Le texte même de la Constitution d'Anastase ne nous est point parvenu (6); mais il paraît que l'émancipé, concourant avec un non-émancipé, n'avait dans la succession que la moitié de ce qu'obtenait celui-ci : c'est du moins ce que dit positivement Théophile (7). — Justinien, par une Constitution de l'an 534, a supprimé la diminution que devaient subir les frères ou sœurs émancipés : ceux-ci désormais sont traités exactement comme les frères

(1) Gaius, Comment. III, § 29.

(2) Inst., même § 3 (alinéa 1er).

(3) L. 14 pr., C., *De legit. hered.* (6, 58); Inst., § 3 (alinéa 2) *De legit. agnat. success.*

(4) J'ai déjà parlé de cette disposition (t. I, p. 358).

(5) Inst., § 1 *De success. cognat.* (III, 5). Voy. aussi § 12 *in fine* du Titre suivant, *De grad. cognat.*

(6) Il figurait dans la 1re édition du Code; mais il n'a pas été reproduit dans le *Codex repetitæ prælectionis*.

(7) *Capite deminutus quatuor uncias, integri autem juris frater duplum, id est octo uncias capit* (traduction latine de Reitz).

ou sœurs qui sont restés sous la puissance du père commun (1). — Anastase appelait comme agnats le frère et la sœur émancipés, mais non leurs enfants; Justinien appelle également les enfants (non les petits-enfants) des frères et sœurs émancipés (2).

— Les enfants de la sœur, même germaine ou consanguine, du *de cujus* sont, relativement à lui, de simples cognats. Justinien supprime cette ancienne règle : il décide que les enfants de la sœur, même utérine, viendront désormais à l'hérédité légitime, comme les enfants du frère (3). L'innovation s'applique évidemment aux enfants du frère utérin. Du reste, pour que ces neveux ou nièces soient appelés à l'hérédité, il faut toujours qu'il ne reste ni frère ni sœur du *de cujus;* et, quand ils y sont appelés, c'est *in capita* et non *in stirpes* (4).

Justinien ayant une fois admis que les enfants de la sœur utérine viendraient à l'hérédité légitime de leur *avunculus* ou de leur *matertera*, il allait de soi, *a fortiori*, que les frères ou sœurs utérins doivent venir comme agnats : c'est ce que Justinien a formellement reconnu, en 534 (5).

— Nous l'avons déjà remarqué, Justinien lui-même constate que la dévolution de degré à degré (*successio*), qui n'était pas admise en matière d'hérédité, était au contraire admise en matière de tutelle. Il voit là une anomalie, qu'il s'empresse de faire disparaître. *Nostrâ Constitutione*, dit-il, *quam de jure patronatûs, humanitate suggerente, protulimus, sanximus successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cùm satis absurdum erat, quod cognatis a Prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum....* (6).

Avant Justinien, la dévolution de degré en degré était certainement admise *jure prætorio* dans la *bonorum possessio undè cognati*. Était-elle admise dans la *bonorum possessio undè legitimi?* Non : car il est de principe que cette *bonorum possessio* n'est donnée qu'aux personnes que le droit civil appelle à l'hérédité légitime;

(1) L. 15 § 1, C., *De legit. hered.* (6, 58).
(2) Même L. 15, § 3.
(3) L. 14 § 1, C., *De legit. hered.*
(4) Justinien le dit expressément : Inst., § 4 *De legit. agnat. success.*
(5) L. 15 § 1, C., *De legit. hered.*
(6) Inst., § 7 (alinéa 2) *De legit. agnat. success.*

Cependant nous avons vu que certains jurisconsultes l'accordaient à l'agnat lorsque l'*agnatus proximus* qui le primait ne venait pas à l'hérédité (1). Enfin cette dévolution de degré en degré était-elle admise dans la *bonorum possessio undè liberi?* La question est débattue entre les interprètes. Je crois, et c'est l'opinion la plus commune, que la dévolution n'était pas admise. Comme le dit M. de Vangerow, « ceux-là seuls peuvent, au moyen de la *successio* « *graduum*, prendre la place des défaillants, qui sont appelés eux- « mêmes à la *bonorum possessio;* or, dans la première classe des « *bonorum possessiones ab intestato* étaient appelés seulement les « *liberi*, c'est-à-dire ceux qui à l'instant où s'ouvre la succession *ab* « *intestat* sont *sui heredes* du défunt ou le seraient s'ils n'avaient « pas subi une *capitis deminutio minima*.... Cette idée n'a pas « besoin d'être justifiée par des textes, puisqu'elle ressort néces- « sairement de la notion des *liberi;* cependant les textes ne man- « quent pas tout à fait, et nous pouvons invoquer la L. 4 § 1, D., « *De bon. poss. contrà tab.*, et la L. 34, C., *De inoffic. test*.... » (2).

Les Constitutions impériales qui ont fait entrer dans le premier ordre d'héritiers des descendants non *sui* ne paraissent pas avoir admis entre eux une *successio graduum*. Il est probable qu'elle a été admise pour eux par la même Constitution de Justinien qui l'admettait pour les agnats. En tout cas, voici une Constitution que les commissaires de Justinien ont empruntée à l'empereur Constance, mais en la retouchant, et dont le sens le plus naturel est bien certainement que désormais la *successio graduum* est admise dans la *bonorum possessio undè liberi : Qui se patris, post avum intestatum defuncti, negat heredem, mortui avi paterni suscipere facultates non potest, maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad hujusmodi beneficium pervenerit* (3).

Les agnats, qui, comme nous l'avons vu, forment le second ordre d'héritiers *ab intestat*, sont toujours des collatéraux du *de*

(1) Gaius, Comment. III, § 28. Ci-dessus, p. 28.

(2) *Lehrbuch*, t. II, § 407.

(3) L. 3, C. Just., *Undè liberi* (6, 14). Comp. L. 5, C. Th., *De bon. matern.* (8, 18).

cujus (1). Nous allons voir maintenant que dans ce second ordre on a successivement fait entrer certains parents en ligne directe.

De l'ascendant paternel.

L'homme qui, ayant un enfant sous sa puissance paternelle, l'émancipe *contractâ fiduciâ*, cet homme a, en général, vis à vis de l'émancipé les mêmes droits qui appartiennent au patron vis à vis de l'affranchi (2) ; et, spécialement, si l'émancipé meurt intestat *nullo herede suo relicto*, l'émancipateur est appelé à l'hérédité légitime (3). — Nous savons déjà que, dans le droit de Justinien, l'émancipation est toujours censée faite *contractâ fiduciâ* (4).

Dans l'ancien droit, le *parens manumissor* ne peut être exclu de l'hérédité légitime que par les descendants du *de cujus :* il ne peut pas être question d'appeler avant lui à cette hérédité légitime les frères ou sœurs, puisque les frères ou sœurs n'appartiennent pas à la même famille civile que le défunt. Nous avons effectivement, au Code Théodosien, une Constitution de l'an 383, d'où il résulte que, si une fille émancipée vient à mourir *intestata*, pour que le père émancipateur soit appelé à sa succession, il faut et il suffit qu'il n'y ait aucun *filius ex eâ genitus* (5). Au contraire, dans le droit de Justinien, le *parens manumissor* est primé non-seulement par les enfants, mais encore par les frères ou sœurs du *de cujus*. Cela est dit positivement dans un texte emprunté aux empereurs Dioclétien et Maximien, et retouché dans le sens de cette innovation : *In successione filii vel filiæ communis, sine liberis et fratribus et sororibus morientis, pater manumissor, quia ei sit vetus jus servatum, matri præfertur* (6). Ainsi, dans le droit de Justinien, quand le *de cujus* ne laisse ni descendants, ni frères ou sœurs, le père émanci-

(1) Même la mère ou la marâtre n'arrive à l'hérédité légitime qu'autant que, par suite de la *manus*, elle se trouve être pour le défunt *loco sororis*.

(2) Inst., § 6 *Quib. mod. jus potest. solv.* (1, 12). Voy. notre t. I, p. 316.

(3) Inst., § 8 (alinéa 1er) *De legit. agnat. success.*

(4) Inst., même § 8 (alinéa 2). Comp. t. I, p. 317 et 318.

(5) L. 3, C. Th., *De legit. hered.* (5, 1).

(6) L. 2, C., *Ad Senatusc. Tertull.* (6, 56).

pateur a droit à toute la succession. Quand le *de cujus* laisse son père, sa mère, des frères ou sœurs, les frères ou sœurs ont toute la succession en propriété, plus un tiers en usufruit ; le père et la mère se partagent les deux tiers en usufruit (1). Enfin, quand le *de cujus*, avec des frères ou sœurs, laisse seulement son père, le père est appelé à l'usufruit de toute la succession (2), de sorte que les frères ou sœurs sont mieux traités quand ils concourent avec le père et la mère que quand ils concourent avec le père tout seul.

A ces règles sur la succession d'un enfant émancipé comparons les règles relatives aux biens que peut laisser un *filiusfamiliâs* :

1° Quant au pécule adventice, une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien décide que les *lucra nuptialia* qui appartenaient au *filiusfamiliâs* défunt seront déférés d'abord à ses enfants, *jure hereditatis ;* à défaut d'enfants, à son père, celui-ci fût-il lui-même *filiusfamiliâs*, l'aïeul alors devant avoir seulement l'usufruit (3). Les empereurs Léon et Anthemius restreignent le droit du père relativement à ces *lucra nuptialia :* le père ne vient plus qu'au quatrième rang, c'est-à-dire lorsque le défunt ne laisse ni descendants, ni frères ou sœurs germains, ni frères ou sœurs consanguins ou utérins (4). Justinien a d'abord étendu ce règlement aux biens acquis par le défunt *ex maternâ lineâ*, en ajoutant seulement que, si la mère est encore vivante, elle viendra en concours avec les frères ou sœurs (5). Puis il a décidé, d'une manière générale, qu'il en serait de même pour tous les biens adventices, le père investi de la puissance paternelle ayant toujours droit à l'usufruit quand il ne succède pas à la propriété (6).

2° Quant au pécule castrens (7), nous savons que le *filiusfamiliâs* à qui il appartient peut en disposer par testament; que, s'il est

(1) Justinien, L. 7 § 1, C., *Ad Senatusc. Tertull.*

(2) Justinien, L. 13 § 1, C., *De legit. hered.* (6, 58).

(3) L. 3, C., *De bonis quæ liberis* (6, 61).

(4) L. 4, C., *eod. Tit.*

(5) L. 7 § 1, C., *Ad Senatusc. Tertull.;* L. 11, C., *Communia de success.* (6, 59).

(6) L. 6 § 1, C., *De bonis quæ liberis.*

(7) Et, dans le droit de Justinien, il faut en dire autant du pécule quasi-castrens.

mort intestat, les biens composant ce pécule, à défaut d'enfants et de frères ou sœurs, appartiennent *jure communi* au père du *de cujus* (1). Nous savons aussi que les interprètes ne sont pas d'accord sur le sens de ces mots *jure communi* : signifient-ils *jure peculii*, ou *jure hereditatis* ? Je crois qu'ils signifient *jure hereditatis*. En effet, d'abord il serait bizarre que les mêmes biens qui sont déférés aux enfants et, à défaut d'enfants, aux frères ou sœurs, *jure hereditatis*, ne fussent plus déférés à ce titre quand c'est le père qui est appelé à les recueillir. D'ailleurs, si, à défaut d'enfants et de frères ou sœurs du *de cujus*, le père arrive au pécule adventice *jure hereditatis* (2), comment Justinien aurait-il pu imaginer de dire qu'il n'arrive jamais au pécule castrens que *jure peculii* ? Je ne crains pas d'affirmer qu'on chercherait vainement un motif quelconque qui explique une pareille distinction entre le pécule adventice et le pécule castrens. Je crois donc que, dans le texte des Institutes, les mots *jure communi* doivent être traduits *à titre d'héritier*, — à moins qu'on ne préfère dire, ce qui en définitive revient absolument au même, que la pensée de Justinien a été d'exprimer que le père aurait sur le pécule castrens exactement le même droit qui lui avait déjà été reconnu sur le pécule adventice, le *jus commune* étant la règle successivement admise pour les diverses classes de biens dont se compose le pécule adventice (3). Ajoutez seulement que le père, qui du vivant du fils n'avait pas l'usufruit des *bona castrensia*, ne l'aura pas davantage après sa mort, dans le cas où ces *bona castrensia* auront été recueillis par les enfants ou par les frères ou sœurs du défunt.

De la mère et des autres ascendants maternels (*Sénatusconsulte Tertullien*).

Anciennement, la mère pouvait-elle être appelée à la succession *ab intestat* de ses enfants? *Jure civili*, elle y était appelée dans un

(1) Inst., pr. *Quib. non est perm. facere testam.* (II, 12). Voy. t. I, p. 620 et 621.

(2) Et cela ne saurait être contesté en présence de la L. 3, C., *De bonis quæ liberis*.

(3) En sens contraire, voy. M. de Vangerow, t. II, § 409.

cas unique, dans le cas où, étant *in manu mariti*, elle se trouvait par là même pour ses enfants *loco sororis* (1). *Jure prætorio*, si à la mort du *de cujus* personne ne demandait ni la *bonorum possessio undè liberi* ni la *bonorum possessio undè legitimi*, alors la mère, n'eût-elle pas été *in manu mariti*, avait droit à la *bonorum possessio undè cognati*, même préférablement aux frères ou sœurs (2).

Nous voyons, aux Institutes, que, pour la première fois sous l'empereur Claude, une mère fut appelée à l'hérédité légitime de ses enfants, *ad solatium liberorum amissorum* (3). Ce n'est point une règle générale qui fut alors établie, c'est seulement une faveur individuelle qu'accorda l'empereur.

Plus tard, par un Sénatusconsulte Tertullien *plenissimè de tristi successione matri deferendâ cautum est* (4). Pour que la mère puisse ainsi arriver à la succession de ses enfants, le Sénatusconsulte exige qu'elle ait le *jus liberorum*, c'est-à-dire qu'elle ait mis au monde trois enfants si elle est ingénue, quatre enfants si elle est affranchie (5). Du reste, une femme même qui n'a jamais eu le nombre d'enfants exigé peut *beneficio Principis jus liberorum consequi* (6). — Cette vocation à l'hérédité légitime existe au profit de la mère du *de cujus*, lors même qu'elle ne serait pas *sui juris*, lors même qu'elle serait soumise à la puissance paternelle. Seulement, il est bien entendu qu'étant ainsi *filiafamiliâs*, elle ne pourra faire adition de l'hérédité que *jussu parentis* (7).

Lorsque le *de cujus* laisse sa mère, celle-ci n'est pas appelée en première ligne à l'hérédité : elle ne peut venir qu'à défaut de certaines autres personnes. D'abord, si c'est un fils qu'elle a perdu, elle sera primée par les descendants du défunt *qui sui sunt quive suorum loco sunt, sive primi gradûs sive ulterioris* (8). Si c'est une

(1) Gaius, III, § 14 *in fine* et § 24.

(2) Inst., pr. *De Senatusc. Tertull.* (III, 3).

(3) § 1 *eod. Tit.*

(4) Inst., § 2 *eod. Tit.* — D'après ce texte, le Sénatusconsulte Tertullien aurait été rendu *divi Hadriani temporibus*. Il date probablement du règne d'Antonin le Pieux, fils adoptif d'Adrien: car nous voyons qu'un Tertullus fut consul sous le règne d'Antonin le Pieux, non sous le règne d'Adrien.

(5) Inst., même § 2.

(6) *Sentences de Paul*, IV, IX, § 9.

(7) Inst., même § 2, *in fine*.

(8) Inst., § 3 (1er alinéa) *eod. Tit.*

fille qui est morte, celle-ci ne peut laisser ni *heredes sui* ni enfants assimilés aux *sui;* mais des Constitutions impériales avaient décidé que la mère serait primée par le fils ou par la fille de la défunte (1). — Que décider lorsque le *de cujus* laisse bien un enfant, mais un enfant qui est actuellement *in adoptivâ familiâ?* Si cet enfant doit être exclu par des agnats, c'est comme s'il n'existait pas : le Sénatusconsulte s'appliquera donc, et la mère pourra venir à l'exclusion des agnats autres que *consanguinei*. Si au contraire l'enfant qui est *in adoptivâ familiâ* se trouve avoir droit à la *bonorum possessio undè cognati* (2), alors l'application du Sénatusconsulte est empêchée; mais le bénéfice de la *bonorum possessio undè cognati* doit se partager entre la mère et l'enfant du *de cujus*, l'un et l'autre étant ses cognats au premier degré (3).

Lorsque le *de cujus* ne laisse pas d'enfants, qu'il laisse seulement son père et sa mère, la mère est encore exclue (4). — *Quid* si le père se trouve *in adoptivâ familiâ?* Alors, à défaut d'agnats, le père prend la succession; au contraire, le père étant exclu par un agnat, c'est la mère qui arrive, pourvu que l'agnat ne soit pas un *consanguineus* (5).

Enfin, quand le défunt ou la défunte laisse avec sa mère un frère *consanguineus*, la mère est exclue; quand au lieu d'un frère c'est une sœur *consanguinea*, la mère et la sœur se partagent la succession; quand il y a en même temps frère et sœur *consanguinei*, la mère est exclue par la présence du frère, et la succession se partage *ex æquis partibus* entre le frère et la sœur (6).

Ulpien résume ainsi le système du Sénatusconsulte Tertullien : *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege* XII *Tabularum non pertinet; sed si jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex Senatusconsulto Tertulliano, si tamen e filio neque suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a Prætore vocatur, neque pater ad quem lege hereditas*

(1) Inst., même § 3 (2e alinéa).
(2) Inst., § 13 *De heredit. quæ ab intest. defer.*; et ci-dessus, p. 17.
(3) Ulpien, L. 2 § 9, D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17).
(4) Inst., même § 3 (commencement du 3e alinéa).
(5) Ulpien, L. 2 § 17, D., *Ad Senatusc. Tertull.*
(6) Inst., même § 3 (3e alinéa *in fine*).

bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus; quòd si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas (1).

On voit que la mère vient *inter agnatos* : primée par le frère, admise en concours avec la sœur, elle prime tous les autres agnats. Aussi le Préteur lui donne-t-il la même *bonorum possessio* qu'il donne aux agnats, c'est-à-dire la *bonorum possessio undè legitimi* (2). — Il y a toutefois une différence remarquable. Lorsque l'agnat appelé à la succession ne la prend pas, nous savons qu'avant Justinien il ne s'opère aucune dévolution à l'agnat du degré subséquent. Ici, au contraire, lorsque la mère est appelée par le Sénatusconsulte Tertullien, si elle ne vient pas à la succession, *antiquum jus servandum est* : on appellera l'agnat qui se trouve être le plus proche au moment où la mère répudie ou bien au moment où elle meurt sans avoir fait adition (3).

— Même avant Justinien, des Constitutions impériales avaient déjà modifié le système du Sénatusconsulte Tertullien. D'après une Constitution de Constantin, la mère qui n'a pas le *jus liberorum* enlève un tiers de la succession à l'agnat du troisième degré ou d'un degré ultérieur, tandis que, d'après le Sénatusconsulte, elle aurait été complétement exclue par cet agnat ; mais, réciproquement, la mère qui a le *jus liberorum* doit laisser un tiers de la succession au *patruus*, à son fils ou petit-fils, fussent-ils sortis de la famille civile du *de cujus*, tandis que d'après le Sénatusconsulte elle les aurait complétement exclus (4). Une Constitution des empereurs Théodose et Valentinien porte que la mère qui n'a pas le *jus liberorum* pourra enlever les deux tiers de la succession au *patruus;* mais que, réciproquement, la mère qui a le *jus liberorum* devra laisser un tiers au frère sorti de la famille civile du *de cujus* (5). — On fait allusion, dans les Institutes, à ces deux Constitutions : *Anteà Constitutiones*, dit Justinien, *jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam*

(1) *Fragm. d'Ulpien*, XXVI, § 8.
(2) Ulpien, L. 2 § 4, D., *Undè legit.* (38, 7).
(3) Ulpien, L. 2 §§ 20-22, D., *Ad Senatusc. Tertull.*
(4) L. 1, C. Th., *De legit. hered.* (5, 1).
(5) L. 7 *eod. Tit.*

prægravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant (1).

— Occupons-nous maintenant des innovations de Justinien en cette matière.

Suivant Justinien, on avait eu tort de priver de la succession de son enfant la femme *quæ ter vel quater non peperit : quid enim peccavit si non plures, sed paucos, peperit?* L'empereur annonce donc que par une Constitution il a donné aux mères *jus legitimum plenum*, de telle sorte que l'affranchie comme l'ingénue succède à l'enfant qu'elle vient à perdre, n'en eût-elle jamais eu d'autres (2).

Une autre innovation concerne le rang auquel la mère est appelée. Dans le droit de Justinien, la mère n'est jamais exclue par aucun parent collatéral : elle prime les collatéraux autres que frères et sœurs, et elle partage avec les frères et sœurs, *sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes*. Si le *de cujus* laisse, avec sa mère, seulement une ou plusieurs sœurs, la mère a toujours la moitié de la succession ; s'il laisse, avec sa mère, seulement un ou plusieurs frères, ou bien à la fois un ou plusieurs frères et une ou plusieurs sœurs, la mère a toujours une part virile (3). — Lorsque le *de cujus*, qui laisse sa mère et des frères ou sœurs, laisse en même temps son père, nous savons déjà ce qui arrive. S'il est mort *sui juris*, la mère a seulement l'usufruit d'un tiers de la succession ; s'il est mort *filiusfamiliâs*, la mère partage avec les frères ou sœurs, suivant la distinction qui vient d'être indiquée (4).

Le Titre des Institutes contient encore deux dispositions (§§ 6 et 7), qui remontent au temps des jurisconsultes et qu'il nous reste à expliquer.

La mère n'est appelée à l'hérédité légitime de son enfant mort

(1) § 5 (au commencement) *De Senatusc. Tertull.*

(2) Inst., § 4 *De Senatusc. Tertull.*; L. 2, C., *De jure liber.* (8, 59). Avant Justinien, Honorius et Théodose avaient déjà dit : *Nemo posthac a nobis jus liberorum petat : quod simul hâc lege omnibus concedimus* (L. 1, C., *eod. Tit.*).

(3) Inst., § 5 *De Senatusc. Tertull.*

(4) Voy. ci-dessus, p. 34.

impubère qu'autant qu'elle n'est pas en faute pour l'avoir laissé sans tuteur. Ulpien et Modestin ont conservé le texte d'une Constitution de l'empereur Sévère ainsi conçue : *Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel, prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum* (1). D'après cela, quand le tuteur est excusé ou écarté, la mère doit immédiatement provoquer la nomination d'un nouveau tuteur; cependant, d'après les Institutes, la mère n'est punie qu'autant que *intrà annum petere neglexerit* (2). Comment concilier ces deux textes ? CONFESTIM *sic erit accipiendum,* dit Ulpien, *ubi primùm potuit, id est Prætoris copiam habuit huic rei sedentis; nisi fortè infirmitate impedita est, vel aliâ magnâ causâ, quæ etiam mandare eam ad petendos tutores impediret; ità tamen ut nullo modo annale tempus excederet* (3). — Du reste, la mère n'est considérée comme étant en faute et n'est privée de la succession de son enfant impubère qu'autant qu'elle-même est majeure de 25 ans (4).

En droit romain, que l'enfant soit naturel ou légitime, les rapports entre sa mère et lui sont toujours réglés de la même manière. La mère succède donc, en vertu du Sénatusconsulte Tertullien, à l'enfant *vulgò quæsitus* tout aussi bien qu'à l'enfant issu des *justæ nuptiæ* (5). — Mais il ne faudrait pas croire que ce droit de successibilité soit admis par cela seul que le lien du sang existe : *Si filius vel filia*, dit Ulpien, *libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse hujus modi filiorum desiit* (6).

Tout ce que nous avons dit à propos du Sénatusconsulte Tertullien et des Constitutions impériales qui s'y réfèrent s'applique uniquement à la mère du *de cujus*. En ce qui concerne la grand'mère paternelle et les autres ascendants maternels, leur position est

(1) Ulpien, L. 2 § 23, D., *Ad Senatusc. Tertull.;* Modestin, L. 2 § 2, D., *Qui petant tut.* (26, 6).

(2) § 6 *hoc Tit.*

(3) L. 2 § 43, D., *Ad Senatusc. Tertull.*

(4) Dioclétien et Maximien, L. 2, C., *Si adversùs delictum* (2, 35).

(5) Inst., § 7 *hoc Tit.*

(6) L. 2 § 2, D., *Ad Senatusc. Tertull.* Comp. Inst., § 6 *De cap. deminut.* (I, 16), et notre t. I, p. 358.

encore dans le droit de Justinien (avant les Novelles, dont nous parlerons plus tard) ce qu'elle était dans l'ancien droit : tous ces ascendants ne peuvent venir à la succession du *de cujus* qu'au moyen de la *bonorum possessio undè cognati.*

Succession à la mère et aux ascendants maternels
(*Sénatusconsulte Orphitien*).

Anciennement les enfants n'étaient appelés à la succession *ab intestat* de leur mère que dans un cas particulier ou que dans un rang fort éloigné. *Jure civili*, les enfants, étant dans la famille de leur père, ne peuvent être appelés à l'hérédité légitime de leur mère qui était dans une autre famille ; il faut seulement excepter le cas où, leur mère ayant passé sous la *manus* de leur père, ils se sont trouvés être pour elle des frères ou sœurs *consanguinei* (1). *Jure prætorio*, en faisant abstraction de la *manus*, c'est uniquement au moyen de la *bonorum possessio undè cognati* que les enfants peuvent succéder *ab intestat* à leur mère (2).

De même que le Sénatusconsulte Tertullien avait appelé la mère à l'hérédité de ses enfants morts intestats, de même par réciprocité le Sénatusconsulte Orphitien appela les enfants à l'hérédité de leur mère *intestata* : *Imperatorum Antonini et Commodi oratione in Senatu recitatâ id actum est ut, sine in manum conventione, matrum legitimæ hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis* (3). Les Institutes disent expressément que les enfants sont ainsi appelés à l'hérédité, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont *sui juris* ou soumis à la puissance paternelle (4).

Dans quel rang le Sénatusconsulte appelle-t-il les enfants de la défunte à son hérédité ? Il les appelle préférablement aux frères ou sœurs *consanguinei* et à tous autres agnats. Si la défunte était

(1) Gaius, Comment. III, § 24.

(2) Gaius, L. 2, D., *Undè cognati* (38, 8).

(3) *Fragm. d'Ulpien*, XXVI, § 7. Le mot *Antoninus*, dans ce texte, désigne évidemment Marc-Aurèle. Comp. Inst., pr. *De Senatusc. Orphit.* (III, 4).

(4) Il y a néanmoins quelque intérêt à savoir si les enfants qui succèdent à leur mère et qui ont encore leur père sont ou non sous la puissance de celui-ci : le père qui n'a pas la puissance paternelle prend l'usufruit, non de toute la succession, mais seulement d'une part virile. Voy. Théodose et Valentinien, L. 9, C. Th., *De maternis bonis* (8, 18), et L. 3, C. Just., *De bon. matern.* (6, 60).



une affranchie, ses enfants primeraient même son patron (1) ; de même, si elle avait été émancipée, ses enfants primeraient le père émancipateur. Nous savons déjà que, quand une femme est morte *intestata* laissant sa mère et des enfants, les enfants sont appelés préférablement à la mère (2).

Il paraît que le Sénatusconsulte Orphitien n'appelait les enfants à l'hérédité de leur mère qu'autant qu'ils étaient citoyens romains. C'est ce que dit Paul : *Ad legitimam intestatæ matris hereditatem filii cives romani, non etiam latini, admittuntur ; cives autem romanos eo tempore esse oportet quo iis defertur et ab iis legitima hereditas aditur* (3). Le texte prouve, en outre, ce qui d'ailleurs allait de soi, ce que Paul exprime plus formellement encore dans le § suivant, que l'enfant appelé à la succession de sa mère (à la différence du *suus* appelé à l'hérédité paternelle) a besoin de faire adition pour en être investi.

Nous retrouvons ici une règle que nous avons eu déjà l'occasion de voir appliquée à propos du Sénatusconsulte Tertullien : on admet une sorte de dévolution d'un héritier légitime à l'héritier légitime qui vient immédiatement après lui. Si l'enfant appelé par le Sénatusconsulte Orphitien à l'hérédité de sa mère ne fait pas adition, l'hérédité est déférée, en l'absence de tout autre enfant, à l'homme qui se trouve être le plus proche agnat ou au patron de la défunte (4).

— Le Sénatusconsulte Orphitien n'appelle à l'hérédité que les enfants de la défunte. Une Constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, dont nous avons déjà parlé, vint apporter à ce principe une certaine extension. Après avoir dit que, quand un homme meurt laissant des enfants et des petits-enfants issus d'une fille prédécédée, ces petits-enfants auront dans la succession de leur aïeul maternel les deux tiers de ce qu'y aurait eu leur mère, et que, quand un homme meurt laissant des petits-enfants issus d'une fille prédécédée et *prætereà qui præferri nepotibus possint agnatos*, les petits-enfants auront les trois quarts de la

(1) Ulpien, L. 1 § 9 *in fine*, D., *Ad Senatusc. Tertull.*
(2) Inst., § 3 (2ᵉ alinéa) *De Senatusc. Tertull.* Ci-dessus, p. 36 et 37.
(3) *Sent. de Paul*, IV, x, § 3.
(4) Ulpien, L. 1 §§ 9-11, D., *Ad Senatusc. Tertull.*

succession, la Constitution ajoute : *Hæc eadem, quæ de avi materni bonis constituimus, de aviæ maternæ, sive etiam paternæ, simili æquitate sancimus* (1). Justinien a successivement repris les deux cas, celui où les petits-enfants sont en concours avec des enfants et celui où ils sont en concours avec des agnats. S'occupant d'abord de celui-ci, il supprime la réduction du quart que subissaient les petits-enfants : *Quotiens aliquis vel aliqua, intestatus vel intestata, mortuus vel mortua fuerit, nepotibus vel pronepotibus cujuscumque sexûs vel deinceps aliis descendentibus derelictis, quibus* UNDÈ LIBERI *bonorum possessio minimè competit, et insuper ex latere quibuscumque agnatis, minimè possint iidem agnati quartam partem hereditatis mortuæ personæ sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur*... (2). C'est seulement dans une de ses Novelles, en 537, que Justinien, s'occupant des petits-enfants qui viennent en concours avec des enfants, veut que ces petits-enfants aient tout ce qu'aurait eu leur père ou leur mère, sans déduction du tiers (3).

Nous avons vu qu'en vertu du Sénatusconsulte Tertullien la mère succède à son enfant *vulgò quæsitus* tout comme à son enfant conçu dans le mariage (4). De même, en vertu du Sénatusconsulte Orphitien, les enfants *vulgò quæsiti* sont appelés à la succession de leur mère, absolument comme les enfants légitimes (5). Toutefois, d'après une Constitution de Justinien, lorsqu'une femme *illustris* vient à mourir laissant à la fois des enfants légi-

(1) L. 4 § 2, C. Th., *De legit. hered.* Ci-dessus, p. 21 et 22.

(2) L. 12, C., *De suis et legit.* (6, 55). Justinien fait peut-être allusion à cette Constitution, ainsi qu'à celle des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, lorsqu'il dit, aux Institutes, à propos du sénatusconsulte Orphitien : *Cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, posteà hoc Constitutionibus principalibus emendatum est, ut, ad similitudinem filiorum filiarumque, et nepotes et neptes vocentur* (§ 1 *De Senatusc. Orphit.*).

(3) Novelle 18, chap. 4.

(4) Inst., § 7 *De Senatusc. Tertull.* Ainsi, pour être considéré comme *pater* dans le système des lois caducaires, pour avoir le *jus caduca vindicandi*, il faut avoir un ou plusieurs enfants légitimes; au contraire, le *jus liberorum* chez une femme, notamment quand il s'agit de l'application du Sénatusconsulte Tertullien, ne suppose point la procréation d'enfants légitimes.

(5) Inst., § 3 *De Senatusc. Orphit.*

times (*justi liberi*) et des *spurii*, ceux-ci ne peuvent rien prendre dans l'hérédité maternelle (1).

— Voici une autre règle qui s'applique également à la succession déférée par le Sénatusconsulte Orphitien : *Sciendum est*, dit Justinien, *hujusmodi successiones quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam quâ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege* XII *Tabularum deferuntur* (2). Ainsi un homme meurt intestat sans laisser de descendants : son frère *consanguineus* ou son patron, que la loi des douze Tables appelait à l'hérédité légitime, se trouve n'y être point appelé s'il a été *capite minutus* ou si le défunt l'a été. Au contraire, lorsqu'une femme a été *capite minuta*, elle n'en est pas moins appelée à l'hérédité légitime de ses enfants, et ses enfants n'en sont pas moins appelés à son hérédité légitime ; de même, l'enfant qui a été *capite minutus* n'en est pas moins appelé à l'hérédité légitime de sa mère, et cette *capitis deminutio* de l'enfant n'altère en rien le droit de la mère.

Du reste, la décision donnée par les Institutes en ce qui concerne les Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien doit s'entendre seulement de la *minima capitis deminutio*. Ulpien l'exprime de la manière la plus formelle lorsqu'il dit : *Sive quis ante delatam sive post delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat quæ vel civitatem adimit, utputa si deportetur* (3). — Et lors même que celui qui a subi une *magna capitis deminutio* aurait ensuite recouvré la liberté ou la cité ainsi perdue, son droit à l'hérédité légitime de sa mère ou le droit de sa mère à sa propre hérédité n'en demeure pas moins éteint. Ulpien le décide également, dans deux passages très-explicites (4). Il semblerait cependant que ce principe rigoureux a été corrigé. Voici, en effet, ce que nous lisons, au Digeste, sous le nom d'Ulpien : *Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit, quive rei capitalis damnatus neque restitutus est,*

(1) L. 5, C., *Ad Senatusc. Orphit.* (6, 57).

(2) Inst., § 2 *De Senatusc. Orphit.*

(3) L. 1 § 8 *in fine,* D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17).

(4) L. 1 § 4 et L. 2 § 2, D., *eod. Tit.* Ce dernier texte a déjà été cité ci-dessus, p. 40.

ex Senatusconsulto Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur ; sed humanâ interpretatione placuit eum admitti... (1). Suivant Pothier, cette dernière proposition se rapporte uniquement à celui *qui operas suas locavit*, et non pas à celui *qui rei capitalis damnatus est* (2). D'autres lisent ATQUE *restitutus*, au lieu de NEQUE *restitutus*. Je suis disposé à croire que les commissaires de Justinien ont voulu corriger une décision qui leur a semblé trop rigoureuse.

Le § 4 *De Senatusc. Orphit.*, aux Institutes, pose une règle qui s'applique à tous les héritiers légitimes, ou même, pour parler plus exactement, à tous les héritiers non nécessaires : « Si de plusieurs « héritiers légitimes, dit Justinien, quelques-uns ont répudié « l'hérédité ou ont été empêchés de faire adition par la mort ou « par quelque autre cause, leur part accroît à ceux qui ont fait « adition ; et, ceux qui ont fait adition fussent-ils déjà morts, « c'est à leurs héritiers qu'appartient la part des défaillants. »

Supposons, par exemple, que de trois enfants appelés à l'hérédité légitime de leur mère il y en ait deux, Primus et Secundus, qui ont déjà fait adition, lorsque le troisième renonce ou meurt sans avoir fait adition ; à ce moment où il devient certain que Tertius ne recueillera pas le tiers auquel il était appelé, Primus est déjà mort : le tiers laissé par Tertius accroît non-seulement à Secundus, mais aussi aux héritiers de Primus. Nous savons que la substitution vulgaire réciproque fournit un moyen de corriger ce résultat du droit d'accroissement, la part non recueillie étant déférée au substitué encore vivant et non aux héritiers d'un substitué prédécédé (3).

Le texte de notre § 4 suppose évidemment que l'homme à qui une hérédité est déférée, venant à mourir sans avoir pris parti relativement à cette hérédité, ne transmet pas à ses propres héritiers le droit qu'il avait, le *jus adeundi vel repudiandi*. Telle était effectivement la règle de l'ancien droit : l'adition comme la répu-

(1) L. 1 § 6, D., *eod. Tit.*
(2) *Pandectæ Justin.*, *Ad Senatusc. Tertull.*, n° 23.
(3) Voy. notre t. I, p. 663.

diation doit, en principe, être faite par la personne même qui est appelée à l'hérédité. Lors de la promulgation des Instituts, à la fin de l'année 533, cette règle avait déjà reçu une modification considérable. Elle a été d'abord modifiée relativement à certains héritiers testamentaires. En 450, les empereurs Théodose et Valentinien avaient décidé que, quand un ascendant a institué son descendant, celui-ci venant à mourir *antè apertas tabulas*, son droit serait transmis à ses propres descendants (1). Par une Constitution, qui paraît être de l'an 529, Justinien va beaucoup plus loin. D'après cette Constitution, si une personne appelée *ex testamento* ou *ab intestat* a obtenu le *jus deliberandi* ou si du moins elle n'a ni accepté ni répudié, elle peut transmettre ses droits à ses propres héritiers, *ità tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa* : les héritiers ont, pour se décider, ce qui reste à courir de l'année à dater du jour où leur auteur a su que la succession lui était déférée (2). Il faut néanmoins considérer comme toujours subsistante la règle que l'*hereditas jàm adita* est seule transmissible ; et Justinien le dit positivement dans une Constitution de l'an 534 : *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis de quibus Theodosiana lex super hujus modi casibus introducta loquitur, iis nihilominùs quæ super his qui deliberantes ab hâc luce migrant à nobis constituta sunt, in suo robore mansuris* (3).

TROISIÈME PARTIE. — DES *GENTILES*.

Gaius, Paul et Ulpien nous attestent qu'en vertu de la loi des douze Tables, quand il n'existe ni *heres suus* ni agnat, l'hérédité *ab intestat* est déférée aux *gentiles* (4).

(1) L. un., C., *De his qui antè apertas tab. heredit. transmittunt* (6, 52).

(2) L. 19, C., *De jure deliberandi* (6, 30).

(3) L. un. § 5, C., *De caduc. toll.* (6, 51). — En droit français, la transmissibilité du droit à une succession ouverte est admise d'une manière générale (C. Nap., art. 781 et 782).

(4) Gaius, III, § 17 (au commencement); Paul, *Sentences*, IV, VIII, § 3 ; Ulpien, *Collatio leg. mosaic.*, XVI, IV, § 2.

Mais qu'étaient précisément les *gentiles?* Cicéron, dans ses *Topiques* (n° 6), après avoir indiqué ce que doit être une définition, *qui sit definitionis modus,* définit successivement, à titre d'exemples, l'*hereditas* et les *gentiles.* La définition des *gentiles*, qu'il emprunte au pontife Scévola et qu'il présente comme complète, retraçait sans doute exactement pour ceux qui étaient déjà au courant les caractères des *gentiles;* mais, pour nous, elle laisse malheureusement dans une grande obscurité l'objet défini. Voici le passage de Cicéron : GENTILES SUNT QUI INTER SE EODEM NOMINE SUNT. *Non est satis.* QUI AB INGENUIS ORIUNDI SUNT. *Ne id quidem satis est.* QUORUM MAJORUM NEMO SERVITUTEM SERVIVIT. *Abest etiam nunc :* QUI CAPITE NON SUNT DEMINUTI. *Hoc fortasse satis est : nihil enim video Scævolam, pontificem, ad hanc definitionem addidisse.*

Gaius, dans ses Institutes, indiquait sans doute très-clairement ce qu'étaient les *gentiles : Qui sint autem gentiles*, dit-il, au § 17 de son Comment. III, *primo commentario retulimus ; et, cùm illic admonuerimus totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eâ re curiosiùs tractare.* Mais le Commentaire I, tel qu'il nous est parvenu dans le manuscrit de Vérone, ne contient aucune indication sur les *gentiles* (1).

On a cru pendant longtemps que le rapport de *gentilitas* présupposait une parenté naturelle, un lien du sang. Cette opinion, attaquée d'abord par Niebuhr, est aujourd'hui à peu près abandonnée : nous pouvons tenir pour constant que les *gentiles* appelés à l'hérédité ou à la tutelle légitime ne font point nécessairement partie de la même famille que le *de cujus* ou que le pupille (2).

Si la *gentilitas* n'est pas fondée sur la parenté, quelle est donc la base du rapport dont il s'agit ? A cet égard, nous sommes réduits aux conjectures; du moins, en ce qui me concerne, malgré les travaux de très-grande valeur publiés de nos jours sur cette matière, j'avoue franchement que ma conviction n'est point faite. Je me bornerai ici à exposer rapidement les deux opinions principales.

I. Suivant Denys d'Halicarnasse (livre II, n° 7), chacune des

(1) Comp. notre t. I, p. 350.

(2) Sur ce point, voy. surtout le beau travail de M. Charles Giraud (*Revue de législation*, année 1846, t. III, p. 385 et suiv.).

trente curies comprenait à son tour dix décuries, de sorte qu'il y avait en tout trois cents décuries. Dans une première opinion, le mot *gens* est synonyme du mot *decuria*, et il a fini par le remplacer dans l'usage. Ce qui démontre surtout cette synonymie, c'est que Denys d'Halicarnasse, après avoir parlé des tribus, des curies et des décuries, parle des *sacra* de la tribu, des *sacra* de la curie, enfin des συγγενικαὶ ἱερωσύναι : alors, comme le dit M. Walter (1), « il faut « admettre ou que les décuries n'avaient point de *sacra*, ce qui « serait contre toute analogie, ou que leurs *sacra* répondent aux « συγγενικαὶ ἱερωσύναι; or Niebuhr prouve que συγγενεῖς a originai-« rement le même sens que γεννῆται, » et ce dernier mot désigne ceux que les Romains appellent *gentiles*.

La *gens* romaine est donc une subdivision de la curie, comme celle-ci est une subdivision de la tribu. L'ancienne population attique était organisée de la même manière : il y avait d'abord quatre tribus (φυλαι); chaque tribu comprenait trois phratries; et enfin chaque phratrie, trente triacades ou γενη (pluriel de το γενος). Les anciens lexicographes grecs répètent à l'envi l'un de l'autre que les membres d'un même γενος (γεννηται) sont étroitement unis entre eux, non par un lien de parenté, mais par un lien politique (2).

A l'origine, les *patriciens* ou, ce qui était la même chose, les *ingénus* (3), entraient seuls dans les *gentes* : aussi l'expression *gentilis* était-elle employée comme synonyme de *patricius* et d'*ingenuus*. Plus tard les plébéiens purent y entrer comme chefs de famille : aussi voyons-nous dans la même *gens* des familles plébéiennes et des familles patriciennes (4). On s'explique par là que, dans la définition des *gentiles* rapportée par Cicéron, la qualité de patriciens ne soit pas exigée.

Denys d'Halicarnasse dit que la décurie était commandée par un chef, par un décurion; et Suétone parle encore du *princeps gentis*. On comprend qu'une hérédité soit déférée à la *gens* tout entière,

(1) *Geschichte des römischen Rechts*, t. I, nº 14, note 21.

(2) Voy. M. Giraud, *loc. cit.*

(3) PATRICIOS *Cincius ait, in libro de comitiis, eos appellari solitos qui nunc* INGENUI *vocentur* (Festus).

(4) Tite-Live, parlant des trois cent six guerriers composant la *gens Fabia* qui périrent près du fleuve Crémère, prend soin de dire qu'ils étaient tous patriciens (II, 49).

quelque nombreux que soient les individus qui la composent. Mais peut-on comprendre que la tutelle légitime soit déférée à la personne morale appelée *gens*, ou même qu'elle soit déférée cumulativement à tous les hommes composant la *gens*, lorsque nous voyons que dans la seule *gens Fabia* il y avait trois cent six *milites*? « Probablement, dit M. Giraud, le *princeps gentis*, représentant légal « de la *gens*, exerçait le *munus tutelæ*. »

L'homme qui fait partie d'une certaine *gens* peut en sortir. Il en sort notamment lorsque, par émancipation ou par adoption, il cesse d'appartenir à une famille comprise dans cette *gens*: *Consuetudo apud antiquos fuit*, dit le glossateur Servius, *ut qui in familiam vel gentem transiret*, *priùs se abdicaret ab eâ in quâ fuerat*, *et sic ab aliâ reciperetur* (1).

En somme, la doctrine qui vient d'être exposée ne cadre point parfaitement avec la définition de Scévola rapportée par Cicéron : en effet, d'après cette doctrine, des descendants d'affranchis peuvent avoir le titre et les droits de *gentiles* (sans avoir, il est vrai, le droit de voter dans les comices par curies), tandis que le pontife caractérise les *gentiles* en disant qu'aucun de leurs ancêtres *servitutem servivit*.

II. Le savant romaniste Hugo explique tout autrement la *gentilitas*. Sa doctrine, reproduite et fortifiée par M. Holtius (2), a été développée et même, pour ainsi dire, transformée par M. Ortolan (3). Je vais exposer rapidement cette doctrine, en citant toujours les textes sur lesquels on peut l'appuyer.

Sont *gentiles* ceux qui appartiennent à une famille perpétuellement ingénue, ceux dont aucun ancêtre n'a été esclave ou client : ils sont *gentiles* par rapport à toute famille dont l'auteur a été l'esclave ou le client d'un de leurs aïeux (4). Ainsi le mot *gens*, qui du reste est pris par les écrivains romains dans plusieurs acceptions diverses, désigne ici la famille, indéfiniment ingénue ou

(1) *In Æneid.*, II, 156.

(2) *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. III (1854), p. 43 et suiv.

(3) *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, t. III, nos 1032 et suiv.

(4) Hugo et M. Holtius disent seulement *l'esclave*; M. Ortolan ajoute *ou le client*.

indépendante, à laquelle se rattachent civilement, par voie de clientelle ou d'affranchissement, certaines autres familles. Les membres de la famille appelée *gens* sont agnats les uns des autres, et de même l'agnation unit entre eux les membres de la famille secondaire ou subordonnée dont l'auteur a été un client ou un affranchi ; mais les membres de la *gens*, agnats entre eux, sont de plus *gentiles* par rapport aux membres de la famille provenue d'un client ou d'un affranchi. Titius, qui parmi ses ancêtres ne compte que des ingénus, Titius ayant été le patron de Stichus, les membres de la famille civile issue de Titius sont *gentiles* à l'égard de ceux qui descendent de Stichus. Toutes les familles ainsi dérivées de la *gens* à titre de clientelle ou d'affranchissement prennent son nom et ses *sacra*. Si Titius, patron de Stichus, remonte lui-même à un client ou à un affranchi, on pourra bien dire que la famille issue de Titius est *stirps*, on ne dira pas qu'elle est *gens*, par rapport à la descendance de Stichus.

Voici des textes qui cadrent très-bien avec cette notion de la *gentilitas :*

Nous savons déjà que la qualité d'affranchi ne s'arrête point à la personne de celui qui a été libéré de la servitude, mais que jusqu'à un certain point elle se transmet à ses descendants (1). C'est un motif pour admettre que, de même qu'un esclave devenu libre a un patron, de même ses descendants, à la différence de ceux *quorum majorum nemo servitutem servivit*, peuvent avoir des *gentiles*. Ulpien dit effectivement, après avoir énuméré les parents appelés à la succession *ab intestat* soit par la loi, soit par le Préteur : *Hæc, si qui decessit, non fuit libertinus vel stirpis libertinæ* (2). Il semble bien résulter de ces derniers mots que, quand le *de cujus* qui a toujours été libre descend d'un affranchi, à sa succession peuvent être appelées des personnes dont il ne saurait être question là où aucun des ancêtres du *de cujus* n'a été esclave.

Cicéron raconte (3) que les Centumvirs eurent à juger un procès élevé entre deux branches de la *gens Claudia*. Une hérédité étant

(1) Voy. t. I, p. 181.
(2) *Collatio leg. mosaic.*, XVI, VIII, § 2.
(3) *De orat.*, I, 39.

ouverte, les *Marcelli* prétendaient y venir *stirpe;* les *Claudii patricii* prétendaient y venir *gente*. Voici probablement ce qu'il faut supposer : La famille des *Claudii patricii* était *gens* par rapport à celle des *Marcelli;* le défunt dont on se disputait la succession remontait à un individu qui avait été l'esclave d'un Marcellus.

Dans la doctrine dont nous nous occupons en ce moment, on comprend mieux que dans la doctrine exposée précédemment l'existence de *gentes* plébéiennes. La *gens* patricienne est une famille qui remonte à l'origine même de Rome; la famille qui ne remonte pas si haut, pourvu du reste qu'elle ait des ancêtres illustres et pourvu qu'on ne puisse pas prouver qu'aucun de ses ancêtres a été esclave, cette famille a droit également au titre de *gens*. A l'appui de cette idée, on peut invoquer avec une grande apparence de raison le discours adressé par Decius aux patriciens lors de la discussion de la loi qui permit aux plébéiens d'être nommés pontifes ou augures : *Semper ista audita sunt eadem*, dit Decius, *penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere... En unquàm fando audîstis patricios primò esse factos, non de cœlo demissos, sed qui patrem ciere possent, id est, nihil ultrà quàm ingenuos? Consulem jàm patrem ciere possum; avumquè jàm poterit filius meus* (1).

Je citerai un dernier texte. Tite-Live raconte que le Sénat, entre autres prérogatives accordées à l'affranchie Hispala Fecennia, qui avait révélé les mystères des Bacchanales, lui donna la *gentis enuptio* (2). Que signifie cette expression ? Les femmes affranchies ou descendant d'affranchis ne pouvaient se marier qu'à un homme ayant les mêmes *gentiles* qu'elles-mêmes : de cette manière, leurs biens ne seraient pas enlevés définitivement à la *gens*, de qui dépendait le mari et de qui dépendraient les enfants à naître du mariage. La faveur accordée à Hispala Fecennia consiste à lui per-

(1) Tite-Live, X, 8. Je traduis ainsi : « Nous entendons constamment répéter qu'à vous seuls il appartient de prendre les auspices, à vous seuls de « former une *gens*... Ne vous a-t-on jamais dit que les premiers patriciens « n'étaient pas descendus du ciel, que c'étaient des hommes qui pouvaient « nommer leur père, c'est-à-dire tout simplement des ingénus ? Moi, je puis « dire : Mon père a été consul. Et mon fils dira : Mon grand-père a été consul. » Il n'est pas possible d'admettre, avec M. Ortolan, que *pater*, opposé à *avus*, signifie *un chef*.

(2) Tite-Live, XXXIX, 19.

mettre de prendre un mari étranger à la *gens* à laquelle elle-même est soumise.

QUATRIÈME PARTIE. — DROIT DE SUCCESSION DES COGNATS.

Les cognats du *de cujus* peuvent lui succéder, à défaut de descendants et à défaut de *legitimi*. C'est ce que dit Justinien : *Post suos heredes eosque quos inter suos heredes Prætor et Constitutiones vocant, et post legitimos, quorum numero sunt agnati et hi quos in locum agnatorum tàm suprà dicta Senatusconsulta quàm nostra erexit Constitutio, proximos cognatos Prætor vocat* (1). On voit que c'est le Préteur qui appelle ainsi les plus proches cognats : en effet, au point de vue de la successibilité, la *cognatio* n'est prise en considération que par le droit prétorien ; l'ancien droit civil n'en tenait aucun compte. La conséquence est que le cognat appelé *ab intestat* à une succession y vient, non comme *heres*, mais seulement comme *bonorum possessor*.

Nous savons déjà qu'il y a *cognatio* entre deux personnes qu'unit le lien du sang, la parenté naturelle, sans distinguer si cette parenté existe par les femmes ou par les hommes. Nous savons aussi que, là où existe le lien de la parenté civile, de l'*agnatio*, cela permet *a fortiori* d'invoquer les avantages attachés à la simple *cognatio* (2). Nous allons indiquer maintenant en détail les différentes classes de personnes qui, sans être les agnats du *de cujus*, peuvent se présenter comme étant ses cognats. Nous en trouvons six classes, savoir :

1° La mère du *de cujus*, ou, réciproquement, quand il s'agit de la succession d'une femme, les enfants de la défunte. Nous supposons une femme qui n'est pas *in manu mariti* : car, par l'effet de la *manus*, il y aurait *agnatio* entre elle et ses enfants (3).

(1) Inst., pr. *De success. cognat.* (III, 5).
(2) Voy. t. I, p. 257 et 258.
(3) Ci-dessus, p. 35, 36 et 41.

2° Les agnats *capite minuti* et leurs descendants, pourvu qu'ils fussent unis au *de cujus* par le lien du sang et non pas par un simple lieu civil comme celui qui résulte de l'adoption. *Agnati capite deminuti*, dit Gaius, *non admittuntur ex lege* XII *Tabularum ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur... Hos agnatos Prætor non secundo gradu post suos heredes vocat, id est, non eo gradu vocat quo per legem vocarentur si capite minuti non essent, sed tertio, proximitatis nomine : licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certè cognationis jura retinent* (1). — Nous savons déjà qu'en vertu d'une Constitution d'Anastase, complétée en 534 par Justinien, les frères ou sœurs émancipés continuent d'être appelés *secundo ordine*, de manière qu'ils concourent avec les frères ou sœurs restés dans la famille et qu'ils priment tous autres agnats : c'est une dérogation au principe, sur laquelle nous n'avons pas à revenir (2).

3° Les parents par les femmes. *Tertio gradu vocantur etiam eæ personæ quæ per feminini sexûs personas copulatæ sunt* (3). Dans l'ancien droit, cette règle s'appliquait à la parenté directe comme à la parenté collatérale : ainsi l'enfant de ma fille, comme mon frère utérin, était purement et simplement mon cognat. Dans le droit de Justinien, il n'en est plus de même, et les Institutes de Justinien s'expriment autrement que celles de Gaius : *Hos etiam*, disent les premières, *qui per feminini sexûs personas* EX TRANSVERSO *cognatione junguntur, tertio gradu, proximitatis nomine, Prætor ad successionem vocat* (4). La règle s'applique seulement *ex transverso*, en ligne collatérale : en effet, depuis la Constitution rendue, en 389, par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, les enfants de la fille du *de cujus* arrivent *primo ordine* comme les enfants de son fils (5). Du reste, nous savons également que certains collatéraux *per feminini sexûs personas juncti* sont élevés, dans le droit de

(1) Comment. III, §§ 21 et 27. Voy. aussi Inst., § 1 (au commencement) *De success. cognat.*

(2) Inst., § 1 *in fine De success. cognat.* Voy., ci-dessus, p. 30 et 31.

(3) Gaius, III, § 30.

(4) § 2 *De success. cognat.*

(5) Inst., §§ 15 et 16 *De heredit. quæ ab intest. defer.* Voy., ci-dessus, p. 21 et 22.

Justinien, au rang d'agnats, de manière à pouvoir venir à la succession *secundo* et non plus seulement *tertio ordine* : tels sont les frères et sœurs utérins, les neveux ou nièces issus d'un frère utérin ou d'une sœur (1).

4° Les enfants qui, à la mort de leur père naturel, se trouvent *in adoptivâ familiâ*. Comme le disent Gaius et Justinien, *liberi quoque qui in adoptivâ familiâ sunt*, *ad naturalium parentùm hereditatem hoc eodem gradu vocantur* (2). — De ce cas, qui nous est déjà connu (3), j'en rapprocherai un autre. Primus avait sous sa puissance un fils Secundus et un petit-enfant *ex eo filio ;* il a émancipé ou donné en adoption son fils, mais en retenant sous sa puissance son petit-enfant. Si Secundus vient à mourir laissant une succession *ab intestat*, son enfant obtiendra la *bonorum possessio undè liberi* (4) ; si au contraire nous supposons que c'est l'enfant de Secundus qui prédécède, Secundus pourra venir à sa succession *tertio ordine*, c'est-à-dire par la *bonorum possessio undè cognati* (5).

5° Les *agnatæ* autres que les sœurs germaines ou consanguines. Mais Justinien, comme nous le savons, a voulu que les agnates fussent traitées aussi bien que les agnats (6).

6° L'enfant *vulgò quæsitus*, soit par rapport à sa mère, soit par rapport à ses frères ou sœurs, soit par rapport à tous cognats de sa mère. *Vulgò quæsitos*, dit Justinien, *nullum habere agnatum manifestum est*, *cùm agnatio a patre, cognatio a matre sit : hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eâdem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis : tantùm igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur* (7). — Evidemment ce qu'on dit des *spurii* ou *vulgò quæsiti* est applicable aux *liberi naturales*, c'est-à-

(1) Voy., ci-dessus, p. 31.

(2) Gaius, III, § 31 ; Inst., § 3 *De success. cognat.*

(3) Voy., ci-dessus, p. 17.

(4) Voy. ci-dessus, même p. 17. Ajoutez Ulpien, L. 3 § 9, D., *De bonor. poss. contrà tab.* (37, 4).

(5) Ulpien, L. 2 § 18, D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17).

(6) Voy., ci dessus, p. 29 et 30.

(7) Inst., § 4 *De success. cognat.* Voy. aussi Gaius et Ulpien, LL. 2 et 4, D., *Undè cognati* (38, 8).

dire aux enfants issus du concubinat. Il n'y a aucune différence entre ces deux classes d'enfants, quand on les considère dans leurs rapports avec leur mère ou avec les parents de leur mère. — Nous savons déjà que, depuis les Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien, entre la mère et son enfant même *vulgò quæsitus* il y a un droit de successibilité qui s'exerce, non plus seulement par la *bonorum possessio undè cognati*, mais par une *hereditas legitima* et, en conséquence, par la *bonorum possessio undè legitimi*.

Je veux indiquer maintenant trois classes de personnes qui sont bien réellement avec le *de cujus* dans le rapport de cognation et à qui cependant on refuse la *bonorum possessio undè cognati*.

1° La *cognatio servilis*, c'est-à-dire le lien du sang qui existe entre deux esclaves ou entre une personne libre et un esclave, ne peut jamais servir de base à un droit de succession. Cette *cognatio servilis* met bien obstacle au mariage (1); mais jusqu'à Justinien elle ne pouvait fonder aucun rapport de successibilité. *Illud certum est*, dit en effet Justinien, *ad serviles cognationes illam partem Edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere : nàm nec ullâ antiquâ lege talis cognatio computabatur* (2). Par exemple, une esclave a successivement deux enfants; puis ces trois personnes sont affranchies : on ne tient pas compte de la *cognatio* qui existe entre elles pour permettre à celle qui survit de recueillir les biens de celle qui prédécède, au moyen de la *bonorum possessio undè cognati*. — C'est par application du même principe que, comme nous le savons déjà, la *cognatio* existante entre deux personnes libres est complétement anéantie, au point de vue de la successibilité, quand l'une de ces personnes devient esclave, tellement que, la liberté une fois recouvrée, ce lien de *cognatio* ne se renouerait pas. *Is qui aliquâ ratione servus factus est, manumissione nullâ ratione recipit cognationem* (3). — Du reste, le principe ancien suivant lequel une *cognatio servilis* ne peut fonder aucun droit de succession, ce principe a été corrigé par Justinien. Deux

(1) Inst., § 10 *De nuptiis* (I, 10).
(2) Inst., § 10 (alinéa 1er) *De gradibus cognat.* (III, 6).
(3) Modestin, L. 7, D., *Undè cogn.* (38, 8). Voy. aussi, ci-dessus, p. 44.

esclaves, ou bien un homme libre et une femme esclave, ou bien une femme libre et un homme esclave, ont des enfants l'un de l'autre : dans le droit de Justinien, les enfants pourront succéder à leur père et à leur mère, *patronatûs jure in hâc parte sopito*, par préférence au patron du *de cujus*. Les enfants pourront également se succéder entre eux, sans qu'il y ait à distinguer suivant que tous sont nés esclaves ou suivant que les uns sont nés libres et les autres esclaves ; et il n'y a pas à distinguer non plus si les frères et sœurs ont le même père et la même mère, ou seulement le même père, ou seulement la même mère, *ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt* (1).

2° La *cognatio* des *liberi naturales* vis à vis de leur père et des parents de leur père, au point de vue de la successibilité, n'est pas plus prise en considération que la *cognatio servilis*. C'est du moins ce que je conclus du silence des textes ; mais la question est discutée entre les auteurs. Ici, comme en matière de *cognatio servilis*, je crois que c'est seulement par Justinien qu'a été admis un droit de succession ; et, du reste, ce droit, en ce qui concerne les *liberi naturales* et le *parens naturalis*, est très-restreint (2).

3° On ne tient plus compte de la *cognatio* au-delà d'un certain degré. *Et illud necessariò admonendi sumus*, dit Justinien, *agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege* XII *Tabularum quæramus, sive de Edicto quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur ; proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et, ex septimo, a sobrino sobrinâque nato natæve* (3). Ainsi, la *bonorum possessio undè cognati* ne serait pas donnée à celui qui se trouve être, par rapport au *de cujus*, *ultrà sextum gradum*, au-delà du degré de cousin issu de germain, à moins qu'il ne s'agisse de l'enfant de ce cousin (4). — Quant aux agnats, il résulte du texte qu'ils sont

(1) Inst., § 10 (2e alinéa) *De grad. cognat.*

(2) Novelle 89, chap. XII, § 4, et chap. XIII.

(3) Inst., § 5 *De success. cognat.*

(4) Ceux que nous appelons proprement *cousins-germains*, qui sont collatéraux au 4e degré, les Romains les appelaient *consobrini* ou *fratres patrueles* ; ils appelaient *sobrini* les *cousins issus de germains*, collatéraux au 6e degré. Voy. Inst., §§ 4 et 6 *De grad. cognat.*

appelés à l'hérédité, et qu'ils ont droit à la *bonorum possessio undè legitimi*, fussent-ils au dixième degré. Cette expression *decimo gradu* paraît signifier qu'un agnat est toujours appelé à la succession, à quelque degré de parenté qu'il se trouve par rapport au défunt, *etiam longissimo gradu*, pourvu, bien entendu, qu'il n'existe aucun agnat plus proche. Ulpien dit, en effet, que les agnats succèdent *in infinitum* (1); et nous avons déjà vu qu'on dit, aux Institutes : *Inter masculos quidem, agnationis jure, hereditas, etiam longissimo gradu, ultrò citròque capitur* (2).

Nous n'avons pas à nous arrêter davantage sur le Titre des Institutes *De gradibus cognationis* (III, 6).

En effet, nous savons déjà qu'on distingue la parenté en ligne directe et la parenté en ligne collatérale, la première qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, la deuxième qui existe entre deux personnes qui descendent d'un auteur commun. Nous savons aussi comment, en droit civil, se comptent les degrés de parenté, soit dans la ligne directe, soit dans la ligne collatérale : *Superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo* (3).

Dans les §§ 1-6 du Titre des Institutes on trouve une sorte de vocabulaire contenant l'indication des dénominations qui servent à désigner les parents ou parentes aux différents degrés, soit dans la ligne directe, soit dans la ligne collatérale. — Justinien avait même voulu qu'à la suite du § 9 fût dressé un tableau montrant aux yeux les divers degrés de parenté.

Ce qu'il importe surtout de remarquer en cette matière, c'est que, quand on se demande si telle personne est appelée à une succession qui vient de s'ouvrir, avant de chercher à quel degré de parenté cette personne se trouve être par rapport au *de cujus*, il faut voir tout d'abord dans quel ordre elle a été placée. *Apparet non semper eos qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari; eoque amplius, ne eum quidem qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse.* Ainsi, un homme meurt intestat, laissant un

(1) L. 2 § 1, D., *De suis et legit.* (38, 16).
(2) § 3 *De legit. agnat. success.* (III, 2). De même, § 12 *De grad. cognat.*
(3) Pr. *De grad. cognat.* Comp., t. I, p. 257 et 258.

petit-enfant, son père, sa mère et un frère : le père et la mère sont au premier degré, le petit-enfant et le frère sont au second ; c'est le petit-enfant qui succédera, parce qu'il est *in primo ordine* (1). De même, le défunt laisse, par exemple, un cognat du 3e degré, son oncle maternel, *avunculus*, et un agnat du 8e ou du 10e degré : c'est à cet agnat que l'hérédité sera déférée, parce que les agnats viennent dans le second ordre, tandis que les cognats ne viennent que dans le troisième (2).

CINQUIÈME PARTIE. — DU CAS OU LE *DE CUJUS* EST UN AFFRANCHI.

La matière dont nous entreprenons l'explication est très-compliquée. En conséquence, les divisions et les subdivisions sont ici indispensables pour éviter la confusion et l'obscurité.

Avant tout, il faut soigneusement distinguer les règles en vigueur dans l'ancien droit et les règles établies dans la législation de Justinien.

I. RÈGLES EN VIGUEUR DANS L'ANCIEN DROIT.

En nous plaçant sous l'Empire, à l'époque des grands jurisconsultes, nous savons qu'il existait trois classes d'affranchis : un affranchi pouvait être citoyen romain, latin junien ou déditice. Les biens que laisse en mourant un affranchi ne sont pas déférés d'après les mêmes règles suivant que l'affranchi appartient à l'une ou à l'autre des trois classes qui viennent d'être rappelées. Voilà donc trois cas qu'il convient d'examiner séparément.

1er cas : *l'affranchi est citoyen romain.*

A ce 1er cas ont été appliqués successivement trois systèmes dis-

(1) Inst., § 11 *De grad. cognat.*
(2) Inst., § 12 *De grad. cognat.*

tincts de législation, savoir : le système des douze Tables, le système du Préteur, le système de la loi Papia. Nous allons exposer ces trois systèmes, en nous attachant d'abord à l'hypothèse la plus simple, c'est-à-dire en supposant que le *de cujus* est un homme et qu'il a été affranchi par un homme qui lui survit. Nous verrons plus tard ce qu'il y a de particulier lorsque la succession est celle d'une femme affranchie, lorsque l'affranchissement a été fait par une femme, enfin lorsque le patron ou la patronne n'existe plus au moment où s'ouvre la succession de l'affranchi.

1er *système*. — L'affranchi pouvait faire un testament dans lequel son patron était omis : en effet, la loi des douze Tables n'appelait le patron à l'hérédité de l'affranchi qu'autant que *intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto*. En somme, le patron était traité relativement à l'hérédité de son affranchi comme l'agnat relativement à l'hérédité de son agnat. — Sous deux rapports, ce système pouvait paraître inique à l'encontre du patron. Il est d'abord inique, si l'affranchi meurt intestat ne laissant aucun descendant réellement issu de lui, mais laissant seulement un enfant adoptif ou une femme *in manu* et par conséquent *loco filiæ*, que le patron se trouve complétement exclu. Il est également inique que l'affranchi qui fait un testament puisse toujours omettre son patron et lui préférer même un étranger. Il y avait là deux iniquités que le Préteur est venu corriger (1).

2e *système*. — L'affranchi a des *liberi naturales*, c'est-à-dire des descendants issus de son mariage ou du mariage de son fils : s'il les institue dans son testament, le patron omis dans ce même testament ne peut pas se plaindre. De même, si les *liberi naturales* ont été omis dans le testament et obtiennent la *bonorum possessio contrà tabulas*, le patron n'aura aucune espèce de droit à la succession de l'affranchi. Mais supposons que l'affranchi n'avait point de *liberi naturales*, ou, s'il en avait, supposons qu'il les a régulièrement exhérédés : alors l'affranchi dans son testament doit laisser au patron au moins la moitié de ses biens : s'il l'a omis ou s'il ne lui a pas laissé la moitié, *datur patrono contrà tabulas testamenti*

(1) Gaius, III, § 40. Le texte de Gaius est littéralement reproduit dans les Institutes, pr. *De success. libert.* (III, 7), sauf la mention que faisait Gaius de la femme *in manu*.

partis dimidiæ bonorum possessio, le Préteur donne au patron la moitié de la succession. — Voilà pour le cas où l'affranchi *de cujus* a fait un testament. Maintenant, que décider lorsqu'il est mort intestat? Les *liberi naturales* excluent le patron. Mais si nous avons seulement comme *suus heres* un enfant adoptif, ou la femme qui était sous la *manus* du défunt, ou la bru qui était sous la *manus* de son fils, ici encore le Préteur donne au patron la *bonorum possessio* pour moitié (1).

Ulpien nous donne un renseignement curieux sur l'origine de cette *bonorum possessio dimidiæ partis* accordée au patron : « Anciennement les exigences du patron vis à vis de l'affranchi « étaient excessives. Le préteur Rutilius décida qu'il n'accorderait « au patron autre chose que l'action *operarum* et l'action *pro socio:* « cela suppose qu'il a été convenu que, l'affranchi ne travaillant « pas pour son patron, celui-ci serait considéré comme étant son as- « socié. Les Préteurs subséquents promirent au patron une *bonorum* « *possessio certæ partis:* cette *bonorum possessio* est une image de la « société, en ce sens que les valeurs fournies du vivant de l'affran- « chi *societatis nomine* continuent d'être fournies après sa mort » (2).

3e *système.* — La loi Papia est venue augmenter le droit du patron lorsque l'affranchi *de cujus* est *locupletior*, lorsqu'il laisse une grande fortune. L'affranchi est considéré comme *locupletior* lorsqu'il laisse 100,000 sesterces ou davantage : alors, pour que le patron soit exclu, il ne suffit pas que l'affranchi ait des *liberi naturales*, il faut qu'il en ait au moins trois. Si l'affranchi qui a 100,000 sesterces de fortune ou davantage laisse moins de trois enfants, que cet affranchi soit mort testat ou intestat, le patron a droit à une part virile (un tiers ou moitié) dans sa succession. *Cùm unum filium unamve filiam heredem reliquerit libertus, perindè pars dimidia patrono debetur ac si sine ullo filio filiâve moreretur; cùm verò duos duasve heredes reliquerit, tertia pars debetur* (3).

(1) Gaius, III, § 41. Comp. Inst., § 1 *De success. libert.*

(2) L. 1, D., *De bon. libert.* (38, 2). — On avait fini par considérer comme nulle la société formée entre l'affranchi et le patron *libertatis causâ :* voy. L. 36, D., *De oper. libert.* (38, 1).

(3) Gaius, III, § 42. Comp. Inst., § 2 *De success. libert.*

— Maintenant, supposons qu'il s'agit de la succession d'une affranchie, *libertina*.

Dans l'ancien droit civil, la femme affranchie restait toute sa vie sous la tutelle de son patron : elle ne pouvait tester que *tutore auctore*. Donc, si cette affranchie transmettait sa succession à un tiers, c'est que le patron le voulait bien : il devait s'en prendre à lui-même de se trouver ainsi exclu. — Le patron n'a également rien à craindre quand l'affranchie meurt *intestata*, laissât-elle des enfants : n'étant pas *heredes sui* relativement à leur mère, les enfants ne peuvent pas exclure le patron (1).

Le droit prétorien ici est calqué sur l'ancien droit civil : *in bonis libertæ*, dit Ulpien, *patrono nihil juris ex Edicto datur* (2). Si l'affranchie a testé *sine tutore auctore*, le Préteur ne donnera pas à l'institué une *bonorum possessio* efficace : *patronum, sine auctoritate ejus facto testamento, non summoveri palàm est* (3). Et si cette affranchie est morte *intestata*, ses enfants, n'ayant ni la *bonorum possessio undè liberi*, ni même (avant le Sénatusconsulte Orphitien) la *bonorum possessio undè legitimi*, ne peuvent aucunement primer le patron.

D'après la loi Papia, l'affranchie qui a quatre enfants est libérée de la tutelle de son patron (4). En conséquence, cette affranchie peut tester librement ; seulement, la loi Papia décide *ut, pro numero liberorum libertæ superstitum, virilis pars patrono debeatur* (5). Mais il paraît que la loi Papia n'avait pas prévu le cas où l'affranchie, ainsi libérée de la tutelle, mourrait *intestata* : le patron continuera donc à recueillir toute la succession, quel que soit le nombre des enfants. Ceci n'a été corrigé que par le Sénatusconsulte Orphitien. Aux termes de ce Sénatusconsulte, nous l'avons déjà dit, les enfants de la défunte sont appelés avant son patron : en effet, Ulpien dit que l'hérédité est déférée au patron *repudiante filio* (6).

(1) Gaius, III, § 43 (restitué par M. Pellat, dans son *Manuale juris synopticum*) ; *Fragm. d'Ulpien*, XXIX, § 2.

(2) *Fragm., loc. cit.*

(3) Gaius, II, § 122.

(4) Voy. t. I, p. 391.

(5) Gaius, III, § 44 ; *Fragm. d'Ulpien*, XXIX, § 3.

(6) L. 1 § 9 *in fine*, D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17). Ci-dessus, p. 41 et 42.

— Nous arrivons à nous demander ce que devient la succession de l'affranchi lorsque le patron est mort avant lui.

A défaut du patron, l'ancien droit civil appelle son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille *ex filio.* — Ici, comme quand la succession est déférée aux agnats, il n'y a point de représentation. Si donc le patron en mourant a laissé un fils et des petits-enfants issus d'un fils prédécédé, *nepotes non admittentur quamdiu filius esset, quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari manifestum est* (1). De même, l'affranchi *de cujus* avait deux patrons ; un seul lui survit, mais il reste un fils de l'autre : le patron survivant sera préféré au fils du patron prédécédé. Enfin, lorsque plusieurs sont appelés à l'hérédité de l'affranchi, elle se divise *in capita, non in stirpes : et ideò, si unius patroni duo sint liberi, alterius quatuor, singuli viriles, id est æquales partes habebunt* (2).

Le droit prétorien avait changé la règle de l'ancien droit civil, en ne mettant pas la fille ou la petite-fille du patron sur la même ligne que le fils ou petit-fils. Le fils ou petit-fils du patron est traité comme le patron lui-même ; quant à la fille ou petite-fille, *contrà tabulas testamenti liberti, aut ab intestato contrà suos heredes non naturales, bonorum possessio ei non competit* (3) : ainsi elle ne peut pas profiter de la *bonorum possessio dimidiæ partis* que nous avons vue destinée à corriger deux iniquités de l'ancien droit à l'égard du patron.

La loi Papia a supprimé la distinction établie par le Préteur, elle a voulu que la fille ou petite-fille fût traitée comme le fils ou petit-fils, mais seulement pour le cas où cette fille ou petite-fille aurait le *jus trium liberorum* (4).

Lorsqu'il s'agit de l'hérédité d'une femme affranchie, une observation particulière doit être faite ici. Supposons que cette femme, ayant quatre enfants, a pu tester librement : certains jurisconsultes pensaient que, dans le silence de la loi Papia, la fille du patron, eût-elle le *jus trium liberorum,* ne pouvait pas, comme l'aurait pu le patron lui-même, réclamer une part virile. Gaius

(1) Julien, L. 23 § 1, D., *De bon. libert.* (38, 2).
(2) *Sent. de Paul,* III, II, §§ 1 et 3.
(3) *Fragm. d'Ulpien,* XXIX, §§ 4 et 5.
(4) Gaius, III, § 46 *in fine; Fragm. d'Ulpien,* XXIX, § 5 *in fine.*

n'est pas de cet avis : « Si l'affranchie est morte *ntestata*, dit-il, le « texte même de la loi Papia veut qu'une part virile soit due à la « fille du patron. Si au contraire l'affranchie a fait un testament, « on donne à la fille du patron ce qui revient à la patronne *tribus* « *quatuorve liberis honorata*, c'est-à-dire le même droit qui ap- « partient au patron et à ses enfants *contrà tabulas testamenti li-* « *berti*. Du reste, cette partie de la loi est rédigée avec peu de « soin » (1). Ainsi, quand l'affranchie meurt *intestata*, ses enfants (jusqu'au Sénatusconsulte Orphitien) n'ont que la *bonorum posses-sio undè cognati*, et alors la fille du patron a certainement une part virile ; que si l'affranchie laisse un testament, il semble bien, d'après Gaius, que la fille du patron a la *bonorum possessio dimi-diæ partis* (2).

Si le patron prédécédé n'avait laissé que des *heredes extranei*, ceux-ci ne pourraient pas exercer le droit qui appartient au patron, soit que l'affranchi meure intestat, soit qu'il ait fait un testament (3).

— Il reste à parler du cas où l'affranchi *de cujus* appartenait à une femme : quels sont les droits de la patronne ?

La loi des douze Tables traitait la patronne exactement comme le patron. Par conséquent, la patronne arrivait à la succession toutes les fois que l'affranchi était mort intestat et ne laissant aucun *heres suus* (4).

Le droit prétorien n'avait point amélioré la condition de la patronne : ce qui lui avait paru inique relativement au patron, il l'avait purement et simplement laissé subsister relativement à la patronne. Ainsi, quand l'affranchi meurt intestat laissant un enfant adoptif ou sa femme sur laquelle il avait la *manus* ou sa bru qui était *in manu filii*, la patronne sera complétement exclue, le Préteur n'a pas étendu à son profit la *bonorum possessio dimidiæ partis* ; de même, si l'affranchi, n'ayant point de *liberi naturales*, fait un testament dans lequel un étranger est institué et la patronne omise, la patronne n'a point le droit de se plaindre au moyen

(1) Comment. III, § 47.
(2) Le texte de Gaius, en cet endroit, n'est pas bien sûr.
(3) Gaius, III, § 48.
(4) Gaius, III, § 49 (au commencement).

d'une *bonorum possessio contrà tabulas*. Nous avons déjà vu quelque chose d'analogue : le Préteur accordait au fils du patron des droits qu'il n'accordait pas à sa fille (1).

Voici maintenant ce que la loi Papia avait fait pour la patronne d'un affranchi : Si la patronne est une ingénue *duobus liberis honorata* ou une affranchie *tribus liberis honorata*, la loi Papia lui donne à peu près les mêmes droits que l'Edit du Préteur avait donnés au patron, c'est-à-dire la *bonorum possessio dimidiæ partis;* si la patronne est une ingénue *trium liberorum jure honorata*, la loi Papia lui donne les mêmes droits qu'elle a donnés au patron, c'est-à-dire le droit de prendre une part virile dans la succession de l'affranchi *locupletior* qui laisse un ou deux enfants. Ce dernier droit n'appartient jamais à la patronne affranchie (2).

Prenons enfin l'hypothèse où il s'agit de la succession d'une femme qui elle-même a été affranchie par une femme. Pour le cas où l'affranchie *de cujus* meurt *intestata*, la loi Papia n'accorde aucune faveur nouvelle à la patronne *liberis honorata :* la patronne passe avant les enfants de l'affranchie, lorsque ni la patronne ni l'affranchie n'ont subi la *capitis deminutio* (3); si au contraire il y a eu *capitis deminutio* soit de la patronne soit de l'affranchie, ce sont les enfants de l'affranchie qui sont appelés à sa succession préférablement à la patronne. Sur quoi est fondée cette distinction? Sur ce que le lien légitime qui existait entre l'affranchie et la patronne est complétement détruit par la *capitis deminutio* de l'une ou de l'autre, tandis que le lien naturel de *cognatio* qui existe entre l'affranchie et ses enfants survit même à la *capitis deminutio* de l'affranchie (4). Du reste, cette distinction a été supprimée par le Sénatusconsulte Orphitien : sous l'empire du Sénatusconsulte, les enfants de l'affranchie *de cujus* excluent toujours la patronne comme le patron (5). Que si l'affranchie a fait un testament, la patronne omise dans ce testament, lorsqu'elle n'est pas *liberis hono-*

(1) Comp. Gaius, III, § 49, et *Fragm. d'Ulpien*, XXIX, § 5.

(2) Gaius, III, § 50.

(3) Il en serait ainsi lors même que la patronne ne serait pas *liberis honorata :* car l'affranchie *de cujus* ne peut pas avoir un *heres suus*.

(4) Gaius, III, § 51.

(5) Voy., ci-dessus, p. 61.

rata, ne peut élever aucune réclamation, *nihil juris habet contrà libertæ testamentum*; lorsqu'elle est *liberis honorata*, la loi Papia lui accorde le même droit que l'Edit prétorien donne au patron *contrà tabulas liberti*, c'est-à-dire la *bonorum possessio dimidiæ partis* (1). Enfin la loi Papia accorde encore le même droit à la fille de la patronne, pourvu qu'elle soit *liberis honorata;* mais ici, ajoute Gaius, *etiam unius filii filiæve jus sufficit* (2).

Je dois dire dès à présent quelques mots d'une Constitution rendue, en 447, par les empereurs Théodose et Valentinien, relativement au cas où, à la mort de l'affranchi citoyen romain, le patron est prédécédé. Cette Constitution, qui forme le Titre XXIV du *Liber legum novellarum D. Valentiniani III* (3), contient les dispositions suivantes :

L'affranchi qui a un ou plusieurs enfants peut, au jour de sa mort, transmettre tous ses biens *soboli suæ* (§ 2) ;

L'affranchi qui n'a point de postérité doit laisser quatre onces, c'est-à-dire un tiers de ses biens, au fils ou aux fils, au petit-fils ou aux petits-fils *ex filio* du patron ; il peut impunément omettre la fille ou les filles du patron, ainsi que ses petits-enfants *ex filiâ* (§§ 3 et 4) ;

Les mêmes règles sont applicables si, au lieu d'un *libertus*, il s'agit d'une *liberta* (§ 5).

L'affranchi mourant intestat, ses enfants ou petits-enfants succèdent à toute sa fortune, pourvu qu'eux-mêmes soient libres et citoyens romains (§ 6).

Si l'affranchi ne laisse pas de postérité, mais laisse son père, sa mère, un frère ou une sœur, sa succession *ab intestat* se divise en deux moitiés, l'une pour le parent *qui gradu potior invenitur*, l'autre pour les héritiers du patron. Si l'affranchi ne laissait ni père ni mère, ni frère ni sœur, sa succession appartiendrait en entier aux héritiers de son patron (§ 7).

(1) Gaius, III, § 52.
(2) Comment. III, § 53.
(3) Edition de Gustave Hænel.

2° cas : *le défunt est latin junien.*

Nous connaissons l'origine des Latins Juniens et les différents cas dans lesquels l'affranchi appartenait à cette classe particulière (1). Ici nous avons seulement à rechercher ce que deviennent, après la mort d'un Latin Junien, les biens qu'il a pu acquérir depuis qu'il est devenu libre.

Le Latin Junien qui vient à mourir ne laisse pas, à proprement parler, une hérédité. *Legis Juniæ lator*, dit Gaius, *necessarium existimavit cavere ut bona defunctorum proindè ad manumissores pertinerent ac si lex lata non esset : itaque jure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores eorum pertinent* (2). Justinien exprime la même idée : *Latinorum legitimæ successiones*, dit-il, *nullæ penitùs erant*, *qui*, *licet ut liberi vitam suam peragebant*, *attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*, *et*, *quasi servorum*, *ità bona eorum*, *jure quodammodo peculii*, *ex lege Juniâ manumissores detinebant* (3).

De cette idée que les biens laissés par l'affranchi latin junien constituent un pécule plutôt qu'une véritable succession, de cette idée dérivent plusieurs conséquences importantes : *undè evenit*, dit Gaius, *ut multùm differant ea jura quæ in bonis Latinorum ex lege Juniâ constituta sunt*, *ab his quæ in hereditate civium romanorum libertorum observantur* (4). Gaius signale cinq différences, que nous allons parcourir rapidement :

1° Nous savons que l'*heres extraneus* du patron n'a aucun droit à la succession de l'affranchi citoyen romain : cette succession est déférée aux fils du patron ou à ses petits-fils *ex filio*, eussent-ils été exhérédés par le patron. Au contraire, les biens laissés par les affranchis latins, *tanquam peculia servorum*, appartiennent même aux *heredes extranei*, et n'appartiennent aux enfants du patron qu'autant qu'ils n'ont pas été exhérédés (5).

(1) Voy. t. I, p. 190 et suiv.
(2) Gaius, III, § 56 *in fine*.
(3) Inst., § 4 (au commencement) *De success. libert.*
(4) Comment. III, § 57.
(5) Gaius, III, § 58.

2° Supposons que l'affranchi avait plusieurs patrons. S'il s'agit d'un affranchi citoyen romain, sa succession est déférée pour parts égales aux différents patrons, lors même qu'ils n'avaient pas tous la même part dans la propriété de l'esclave avant l'affranchissement, *licet dispar in eo servo dominium habuerint*. Au contraire, s'il s'agit d'un Latin Junien, les biens par lui laissés appartiennent à chaque patron en proportion de la part qu'il avait dans la copropriété de l'esclave, *pro eâ parte pro quâ parte quisque eorum dominus fuerit* (1). — Il faut bien remarquer que, quand on parle de deux patrons, on suppose toujours deux personnes qui ont été co-propriétaires de l'esclave. Un esclave qui appartient à Primus est affranchi par lui ; puis il devient esclave de Secundus, qui l'affranchit à son tour. Celui-là n'a pas deux patrons, il n'en a qu'un: Primus n'a aucun droit aux biens qu'il peut laisser à sa mort, sa qualité de patron a disparu (2).

3° Un affranchi avait deux patrons ; au moment où il meurt, l'un des patrons est mort et il a laissé un fils, l'autre patron est encore vivant. Si l'affranchi est citoyen romain, son hérédité sera déférée au patron survivant, et le fils du patron prédécédé sera complétement exclu : nous avons déjà vu qu'il n'y a point ici de représentation. Si au contraire l'affranchi est un latin junien, ses biens passent au patron survivant et à l'héritier quel qu'il soit du patron prédécédé, en proportion de la part indivise qui appartenait à chacun des deux patrons (3).

4° L'affranchi *de cujus* avait deux patrons, qui tous deux sont prédécédés ; l'un a laissé trois enfants, et l'autre n'en a laissé qu'un seul. Si l'affranchi était citoyen romain, sa succession se distribue toujours *in viriles partes* : les trois enfants du patron Primus prennent trois quarts, et l'unique enfant du patron Secundus prend un quart. Si au contraire l'affranchi était latin junien, les trois enfants de Primus prennent dans les biens de cet affranchi ce qu'y aurait pris leur père s'il avait survécu, et l'enfant de Secundus prend également ce qu'aurait pris son père (4).

(1) Gaius, III, § 59.
(2) Marcellus, L. 32, D., *De bonis libert.* (38, 2).
(3) Gaius, III, § 60.
(4) Gaius, III, § 61.

5° Enfin, l'affranchi laissant deux patrons, l'un d'eux fait défaut. S'il s'agit d'un affranchi citoyen romain, la part du patron défaillant accroît à l'autre patron, qui se trouve ainsi appelé à toute la succession. Si, au contraire, il s'agit d'un affranchi latin junien, la part du patron défaillant devient caduque *et ad populum pertinet* (1).

— Des cinq différences qui viennent d'etre signalées, il en est une, la première, qui a été supprimée en partie par le Sénatusconsulte Largien, rendu sous le règne de Claude, l'an 42 de l'ère chrétienne. Nous avons vu que la succession de l'affranchi citoyen romain appartient, en cas de prédécès du patron, à ses enfants même exhérédés, tandis que les biens de l'affranchi latin junien sont attribués aux héritiers du patron au prorata de la part pour laquelle ils ont succédé à ce patron. Voilà le principe que le Sénatusconsulte Largien a modifié. En effet, ce Sénatusconsulte porte que les biens de l'affranchi latin junien sont attribués d'abord au patron, puis, aux enfants du patron non exhérédés nominativement, *uti quisque proximus esset;* enfin, conformément à l'ancien droit, aux héritiers du patron (2). *Senatusconsulto Largiano cautum fuerat*, dit Justinien, *ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur* (3).

« Suivant quelques auteurs, dit Gaius, il résulterait de ce Séna-
« tusconsulte que pour les biens laissés par un affranchi latin
« la règle est la même que pour l'hérédité d'un affranchi citoyen
« romain. Telle est notamment la doctrine de Pegasus. Mais cette
« doctrine est manifestement fausse. En effet, l'hérédité d'un af-
« franchi citoyen romain n'est jamais déférée aux *heredes extranei*
« du patron; au contraire, d'après les termes mêmes du Sénatus-
« consulte, les biens de l'affranchi latin sont attribués aux *heredes*
« *extranei* quand il n'y a pas d'enfants du *manumissor* qui leur
« fassent obstacle. De plus, quand il s'agit de l'hérédité d'un af-
« franchi citoyen romain, les enfants du patron ne sont jamais
« exclus par cela seul qu'ils ont été exhérédés; quand il s'agit

(1) Gaius, III, § 62.
(2) Gaius, III, § 63.
(3) Inst., § 4 (2e alinéa) *De success. libert.*

« des biens d'un affranchi latin, le Sénatusconsulte exprime que « les enfants du patron sont exclus en cas d'exhérédation nominative. La vérité est donc qu'il résulte simplement du Sénatusconsulte que les enfants du *manumissor* qui n'ont pas été exhérédés nominativement sont préférés aux *heredes extranei* » (1).

La disposition du Sénatusconsulte Largien amène naturellement les conséquences suivantes :

Le patron laisse un fils émancipé, qu'il a omis dans son testament. Il n'y a point là une exhérédation nominative : donc, lors même que ce fils émancipé ne demanderait pas, comme il le peut, la *bonorum possessio contrà tabulas testamenti parentis sui*, il pourra prendre les biens laissés par l'affranchi latin, préférablement aux *heredes extranei* de son père (2).

Le patron ayant exhérédé *inter cœteros* sa fille ou son petit-enfant *ex filio*, cela suffit, en droit civil, pour exclure de l'hérédité paternelle les personnes dont il s'agit ; mais, n'ayant point été exhérédées *nominatim*, elles seront encore, sur les biens laissés par l'affranchi latin, préférées aux *heredes extranei* (3).

Enfin les enfants héritiers siens du patron, qui s'abstiennent de son hérédité, conservent parfaitement le droit de réclamer les biens laissés par l'affranchi latin (4).

Il reste à examiner deux questions auxquelles Gaius nous apprend que le Sénatusconsulte Largien avait donné lieu.

1° Si le patron, ayant des enfants, a institué avec eux un *extraneus*, que ferons-nous des biens laissés par l'affranchi latin? Suivant Cælius Sabinus, tous ces biens doivent appartenir aux enfants du patron défunt, *pro virilibus partibus :* en effet, dit ce jurisconsulte, dès qu'il y a un *heres extraneus*, c'est le système du Sénatusconsulte, ce n'est plus celui de la loi Junia, qui s'applique. Au contraire, suivant Javolenus, les enfants du patron ne prennent en vertu du Sénatusconsulte et *pro virilibus partibus* que la portion des biens de l'affranchi latin qui avant le Sénatusconsulte aurait été prise par l'*heres extraneus* en vertu de la loi Junia ;

(1) Gaius, III, § 64.
(2) Gaius, III, § 65.
(3) Gaius, III, § 66.
(4) Gaius, III, § 67.

quant au reste des biens, ils se les partagent en proportion de leurs parts héréditaires (1). — Pour bien faire comprendre la question, je prends un exemple. Le patron, qui avait deux enfants, Primus et Secundus, a institué Primus pour un sixième, Secundus pour un tiers, et Titius, un de ses amis, pour moitié. D'après Cælius Sabinus, les biens de l'affranchi latin se partagent par moitié entre Primus et Secundus; au contraire, d'après Javolenus, Primus aura cinq douzièmes et Secundus aura sept douzièmes.

2° On se demande si le Sénatusconsulte Largien est applicable lorsque le patron a laissé un petit-enfant *ex filiâ* et un *heres extraneus*, et de même lorsqu'il s'agit d'une patronne qui a laissé un enfant et un *heres extraneus*. Cassius, admettant l'affirmative sur ces deux points, excluait dans les deux cas l'*heres extraneus*. Mais, en général, on repoussait cette doctrine, par le motif que le Sénat n'avait pas eu en vue les *liberi* qui sont dans une autre famille; ce qui prouve bien qu'il n'a pas songé à des descendants de cette espèce, c'est qu'il parle de *liberi nominatim exheredati* (2).

— Les règles qui viennent d'être exposées relativement aux biens laissés par un affranchi latin s'appliquent quelquefois au cas où l'affranchi défunt était citoyen romain : *aliquandò civis romanus libertus tanquàm latinus moritur* (3). Il est possible, en effet, qu'un Latin ait obtenu de l'empereur le *jus Quiritium*, mais *salvo jure patroni;* et c'est précisément ce qui a lieu, aux termes d'une Constitution de Trajan, lorsqu'il l'obtient *invito vel ignorante patrono*. En cas pareil, l'affranchi, tant qu'il est vivant, est traité comme citoyen romain : il peut même avoir des *justi liberi*, des enfants soumis à sa puissance paternelle. Mais il meurt *Latini jure:* ses enfants ne peuvent pas être, par rapport à lui, *heredes sui;* il n'a la *factio testamenti* que pour instituer son patron, et aussi pour lui substituer un tiers, *si heres esse noluerit* (4).

La Constitution de Trajan signifie-t-elle que l'affranchi latin qui a obtenu de l'empereur le *jus Quiritium* malgré son patron ou à

(1) Gaius, III, § 70.
(2) Gaius, III, § 71.
(3) Gaius, III, § 72 (au commencement).
(4) Gaius, III, § 72; Inst., § 4 (2e alinéa) *De success. libert.*

l'insu de son patron, ne peut absolument jamais acquérir le droit de mourir *tanquàm civis romanus*? Cela serait inique : car alors, à un certain point de vue, sa condition se trouverait empirée par suite de la concession du *jus Quiritium*. Aussi un Sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien décide-t-il que cet affranchi, s'il emploie le mode établi par la loi Ælia Sentia et par le Sénatusconsulte qui la complète (la *causæ probatio*), deviendra citoyen romain dans toute la force du terme, *proindè ac si lege Æliâ Sentiâ vel Senatusconsulto ad civitatem romanam pervenisset* (1).

3e cas : *l'affranchi défunt est un déditice.*

En ce qui concerne les biens laissés par un affranchi déditice, il n'y a pas de règles particulières : on applique, suivant les cas, tantôt les règles établies pour l'affranchi citoyen romain, tantôt les règles établies pour l'affranchi latin. *Eorum quos lex Ælia Sentia dedititiorum numero facit, bona modò quasi civium romanorum libertorum, modò quasi Latinorum, ad patronos pertinent* (2).

Supposons un esclave qui, s'il n'était pas dans un cas tel que l'affranchissement ne peut faire de lui qu'un déditice (3), deviendrait affranchi citoyen romain : alors, en principe, d'après la loi Ælia Sentia, les biens de cet affranchi après sa mort sont attribués au patron, de la même manière que s'il s'agissait de la succession d'un affranchi citoyen romain. — Il faut toutefois admettre une grande différence, qui effectivement était admise par la plupart des jurisconsultes romains : l'affranchi déditice n'a pas, comme l'affranchi citoyen, la *factio testamenti*. Ainsi que le dit Gaius, *incredibile videbatur pessimæ conditionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi jus concedere* (4). Le Latin Junien n'ayant pas le droit de tester (5), évidemment on devait, à plus forte raison, refuser ce droit à l'affranchi déditice.

Maintenant supposons un esclave qui, s'il ne se fût pas trouvé in

(1) Gaius, III, § 73. Comp. Comment. I, §§ 29 et 31, et notre t. I, p. 197.
(2) Gaius, III, § 74.
(3) Voy. t. I, p. 199.
(4) Comment. III, § 75.
(5) Voy. t. I, p. 195.

aliquo vitio, serait devenu Latin par l'effet de la *manumissio* : alors, bien qu'il soit déditice, ses biens au jour de sa mort seront attribués à son patron, de la même manière que s'il s'agissait d'un affranchi latin. Après avoir donné cette décision, Gaius ajoute que le législateur n'a pas bien clairement exprimé sa volonté sur ce point. Il paraît que, pour la loi Ælia Sentia comme pour la loi Papia, la rédaction laissait un peu à désirer (1).

II. DROIT DE JUSTINIEN.

Dans la matière qui nous occupe, les innovations de Justinien peuvent être ramenées à trois principales, que nous allons étudier successivement :

1° Comme nous le savons déjà, Justinien a supprimé la classe des latins juniens et la classe des déditices, de sorte que dans la législation justinienne tous les affranchis sans distinction sont citoyens romains (2). Cette première innovation est mentionnée, aux Institutes, dans notre Titre même *De successione libertorum*. Justinien dit d'abord que les règles par lui posées sur la succession des affranchis s'appliquent à ceux *qui in civitatem romanam pervenerunt, cùm nec sunt alii liberti, simul dedititiis et latinis sublatis* (3). Puis, spécialement à propos des affranchis latins, il ajoute: *Nostrâ Constitutione, propter hujusmodi conditionum vices et alias difficultates, cum ipsis Latinis, etiam legem Juniam, et Senatusconsultum Largianum, et edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romanâ fruantur ; et, mirabili modo, quibusdam adjectionibus, ipsas vias quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus* (4).

2° Il n'y a plus aucune distinction à faire suivant qu'il s'agit d'un *libertus* ou d'une *liberta*, d'un patron ou d'une patronne. Aussi voyons-nous qu'aux Institutes, au § 3 de notre Titre, on dit toujours : *libertus vel liberta, patroni patronæque*. — Ce § 3 résume une Constitution écrite en grec (*nostra Constitutio, quam, pro om-*

(1) Gaius, III, §§ 47 *in fine* et 76.
(2) Voy. notre t. I, p. 202.
(3) § 4 (au commencement).
(4) Même § 4, *in fine*.

nium notione, græcâ linguâ, compendioso tractatu habito, composuimus). Le texte même de la Constitution ne nous est point parvenu ; on l'a restituée, tant bien que mal, notamment avec les Basiliques (1).

3° Enfin, il n'y a plus à distinguer, du moins quand l'affranchi est mort intestat, si le patron a survécu ou s'il est prédécédé. Le droit qu'aurait eu le patron survivant sera exercé, à son défaut, par ses descendants, ou, s'il n'a point laissé de postérité, par ses collatéraux jusqu'au cinquième degré. — Qu'il s'agisse de descendants ou de collatéraux, il est à remarquer que la représentation n'est jamais admise : le plus proche exclut toujours le plus éloigné. *Tàm patroni patronæque,* dit Justinien, *quàm liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum vocantur, sicut ex eâ Constitutione intelligendum est, ut, si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum vel duarum pluriumve, liberi sint, qui proximior est ad liberti seu libertæ vocetur successionem, et in capita non in stirpes dividatur successio, eodem modo et in eis qui ex transverso latere veniunt servando* (2).— Il faut remarquer aussi que, soit dans l'ordre des descendants, soit dans l'ordre des collatéraux, la dévolution peut avoir lieu d'un degré à l'autre. C'est du moins ce qui paraît bien résulter d'un passage des Institutes que nous avons déjà expliqué (3).

En somme, voici comment les choses se passent, dans le droit de Justinien, à la mort d'un affranchi :

Si l'affranchi est mort intestat, sa succession est déférée d'abord à ses enfants ou descendants, en tenant compte même de la *cognatio servilis* (4). L'affranchi ne laissant pas de postérité, les Institutes disent positivement que sa succession passe au patron ou à la patronne (5) ; mais il paraît que plus tard les père et mère

(1) Voy. L. 4, C., *De bonis libert.* (6, 4). La Constitution ainsi restituée n'a pas de *principium*.

(2) Inst., § 3 *in fine De success. libert.*

(3) § 7 *De legit. agnat. success.* (ci-dessus, p. 31). Ce § 7 est reproduit dans la L. 4 § 9, C., *De bonis libert.*

(4) Inst., § 10 *De grad. cognat.* (III, 6). Ci-dessus, p. 55 et 56.

(5) § 3 *De success. libert.*

de l'affranchi, et même ses frères ou sœurs, ont été appelés préférablement au patron ou à la patronne (1).

Si l'affranchi meurt testat, il y a une distinction à faire, d'après le chiffre de sa fortune. L'affranchi est-il *minor centenario*, ou, en d'autres termes, sa fortune est-elle inférieure à cent *aurei* (ce qui représente les 100,000 sesterces de la loi Papia) : alors il a pu disposer à son gré de sa fortune et omettre complétement son patron. Au contraire, l'affranchi est-il *major centenario*, a-t-il plus de cent *aurei* : alors, s'il laisse un ou plusieurs enfants venant à sa succession, ici encore il a pu omettre son patron; s'il ne laisse aucun descendant venant à sa succession, Justinien veut que le patron obtienne au moins le tiers de ladite succession (2).

DE L'*ADSIGNATIO LIBERTORUM*.

Nous trouvons, aux Institutes, un Titre *De adsignatione libertorum* qui vient immédiatement après le Titre *De successione libertorum*. De même, au Digeste, le Titre *De adsignandis libertis* suit de très-près le Titre *De bonis libertorum* (3). En effet, la matière de l'*adsignatio* se rattache naturellement à la matière de la succession des affranchis, elle en forme une sorte d'appendice, puisque, comme nous allons le voir, l'*adsignatio* a pour conséquence d'empêcher l'application d'une des règles que nous avons exposées touchant la succession des affranchis.

De droit commun, lorsqu'un affranchi (citoyen romain) vient à mourir (*sine liberis naturalibus*) après que son patron est mort, sa succession est déférée aux enfants du patron, ou, à défaut d'enfants, à ses petits-enfants *ex filio* : comme le dit Justinien, *ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradûs sunt, æqualiter bona liberti pertinent.* Mais le Sénat avait été d'avis de permettre que le pa-

(1) C'est ainsi que j'explique le § 8 *in fine* de la Constitution restituée (L. 4, C., *De bonis libert.*).

(2) Inst., § 3 *De success. libert.*

(3) Dig., Livre XXXVIII, Titre 2 *De bonis libert.*; Titre 3 *De libertis universitatum* (composé d'une seule Loi) ; Titre 4 *De adsign. libert.*

tron pût assigner son affranchi à un seul de ses enfants ou descendants : alors, après la mort du patron, celui de ses enfants à qui l'affranchi a été assigné est considéré comme étant seul patron, *solus patronus habetur*, et les autres enfants n'auront aucun droit aux biens laissés par l'affranchi. Seulement, on reviendrait au droit commun, l'effet de l'*adsignatio* s'évanouirait, si l'enfant en faveur de qui elle a été faite mourait lui-même avant l'affranchi *nullis liberis relictis* (1). Tout cela est réglé par un Sénatusconsulte rendu sous le règne de Claude, *Claudianis temporibus factum*, et dont Ulpien, dans un fragment inséré au Digeste, nous a conservé le texte même (2).

Le Sénatusconsulte parle explicitement d'un affranchi ou d'une affranchie, et d'un enfant qui sera considéré comme étant *patronus* ou *patrona*. L'*adsignatio* peut donc être faite en faveur d'une fille ou petite-fille aussi bien qu'en faveur d'un fils ou petit-fils; elle peut avoir pour objet une *liberta* aussi bien qu'un *libertus* (3). Mais le Sénatusconsulte supposant que la personne qui fait l'*adsignatio* a la puissance paternelle, il faut en conclure que le *jus adsignandi libertum* appartient au patron, non à la patronne.

Nous disons que le *jus adsignandi libertum* est un attribut de la puissance paternelle. Toutefois on avait admis que le patron qui a deux enfants sous sa puissance et un enfant émancipé peut, en assignant son affranchi à l'un des *sui*, l'assigner conjointement à l'émancipé. *Utrùm ei tantùm qui in potestate sit*, dit Modestin, *an etiam emancipato filio adsignare libertum patronus possit, si modò non pauciores quàm duos præthereà in potestate habeat, dubitari solet. Et magis est posse* (4). Mais qu'arriverait-il si, l'*adsignatio* ayant été faite en faveur d'un *suus*, celui-ci était ensuite émancipé ? L'opinion qui a prévalu, dit Justinien, c'est qu'en cas pareil l'*adsignatio* s'évanouit. C'était déjà la doctrine de Julien (5).

L'*adsignatio liberti* peut être faite à cause de mort ou entre-vifs;

(1) Inst., pr. *De adsignat. libert.* (III, 8).

(2) L. 1 pr., D., *De adsign. libert.* Voy. aussi Inst., § 3 *in fine De adsignat. libert.*

(3) Inst., § 1 *De adsignat. libert.*

(4) L. 9, D., *De adsign. libert.*

(5) Inst., § 2 *De adsignat. libert.*

elle peut être faite par testament ou par codicille, au moyen de paroles quelconques ou même *nutu* (1). De même que pour la faire il suffit au patron d'exprimer sa volonté d'une manière quelconque, de même il peut la révoquer *etiam nudâ voluntate* (2).

SIXIÈME PARTIE. — DES *BONORUM POSSESSIONES*.

Nous avons déjà bien souvent rencontré cette expression *bonorum possessio* : nous savons qu'elle désigne la succession déférée, non par le droit civil (celle-ci s'appelle proprement *hereditas*), mais par le droit prétorien. De même que l'héritier, propriétaire de ce qui appartenait au défunt, peut très-bien ne rien posséder, de même la *bonorum possessio* n'implique aucunement, de la part de celui en faveur de qui elle existe, la possession effective des choses corporelles laissées par le défunt : *Hereditatis bonorumve possessio (ut Labeo scribit) non uti rerum possessio accipienda est : est enim juris magis quàm corporis possessio. Denique, etsi nihil corporale est in hereditate, attamen rectè ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait. — Bonorum igitur possessionem ita rectè definiemus : jus persequendi retinendique patrimonii sive rei quæ cujusque, cùm moritur, fuit* (3). — Le Préteur peut accorder la *bonorum possessio* à quelqu'un que le droit civil ne reconnait pas pour héritier : le Préteur admet alors une fiction là où manque la réalité. C'est ce que dit encore Ulpien : *Hi quibus ex successorio Edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt ; sed heredis loco constituuntur, beneficio Prætoris. Ideòque, seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur* (4).

Si l'héritier n'est pas nécessairement possesseur des choses qui appartenaient au défunt, du moins il en est *dominus* à l'instant même où l'hérédité lui est acquise. *Quid* du *bonorum possessor* ?

(1) L. 1 § 3, D., *De adsign. libert.*; Inst., § 3 *eod. Tit.*
(2) L. 1 § 4, D., *De adsign. libert.*
(3) Ulpien, L. 3 §§ 1 et 2, D., *De bonor. posses.* (37, 1).
(4) *Fragm. d'Ulpien*, XXVIII, § 12.

Nul ne peut *Edicto Prætoris* devenir *dominus*. Celui à qui le Préteur accorde la *bonorum possessio* ne se trouve donc point, par cela même, propriétaire de ce qui appartenait au défunt. Mais, si le Préteur ne peut pas nous rendre propriétaires, il peut du moins mettre des choses *in bonis nostris*, et c'est précisément ce qu'il fait ici : *Neque bonorum possessorum*, dit Gaius, *neque bonorum emptorum, res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ità demùm adquiruntur si usuceperunt* (1). — On peut, d'après cela, donner une idée assez exacte de la *bonorum possessio*, en disant qu'elle est à l'*hereditas* ce que l'*in bonis* est au *dominium ex jure Quiritium*.

Entrons maintenant dans les détails, et examinons successivement les règles de l'ancien droit et celles du droit de Justinien.

I. ANCIEN DROIT.

Pour classer exactement et complétement les différents cas de *bonorum possessio*, nous nous placerons à quatre points de vue distincts, dont je donne tout d'abord une idée générale.

1er *point de vue :* quel est le but que se propose le Préteur en établissant une *bonorum possessio ?* Il peut se proposer un triple but, suivant que cette *bonorum possessio* est établie *confirmandi vel supplendi vel emendandi veteris juris gratiâ* (2).

2e *point de vue :* là où le Préteur donne la *bonorum possessio*, le *de cujus* était-il mort testat ou intestat ?

3e *point de vue* : la *bonorum possessio* est-elle obtenue en vertu d'une disposition générale de l'Edit (*bon. poss. edictalis*), ou bien en vertu d'une décision spéciale du magistrat (*bon. poss. decretalis*)?

4e *point de vue :* quelle est, en définitive, l'efficacité de la *bonorum possessio?* Est-elle donnée *cum re* ou *sine re ?*

Paul se place aux deux premiers points de vue qui viennent d'être indiqués, lorsqu'il dit : *Bonorum possessionis beneficium mul-*

(1) Comment. III, § 80.

(2) Ce que nous disons de la *bonorum possessio*, cela est vrai, en général, de toute institution prétorienne. *Jus prætorium est*, dit Papinien, *quod Prætores introduxerunt, adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratiâ, propter utilitatem publicam :* voy. L. 7 § 1, D., *De justitiâ et jure* (1, 1).

tiplex est : nàm quædam bonorum possessiones competunt contrà voluntatem, quædam secundùm voluntatem defunctorum, necnon ab intestato habentibus jus legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem... Legum quoque tuendarum causâ Prætor dat bonorum possessionem (1).

En reprenant séparément chacun de ces quatre points de vue, nous aurons une idée assez complète de la matière des *bonorum possessiones* dans l'ancien droit.

1° *De la* bonorum possessio *considérée au point de vue du but que se propose le Préteur en l'accordant.*

Il est possible que le Préteur accorde la *bonorum possessio* dans le but de corriger la rigueur du droit civil. Ainsi, un homme meurt intestat, laissant deux fils, l'un qu'il a retenu sous sa puissance et l'autre qu'il a émancipé : en droit civil, le *suus* aura toute la succession, l'émancipé sera complétement exclu ; au moyen de la *bonorum possessio undè liberi* que lui donne le Préteur, l'émancipé pourra concourir avec son frère (2). De même, un *postumus alienus* a été institué héritier : *quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cùm a Prætore adjuvabatur* (3). Ici c'est la *bonorum possessio secundùm tabulas* qui est donnée *emendandi vel impugnandi veteris juris gratiâ.*

Il est également possible que le Préteur accorde la *bonorum possessio* dans le but de confirmer le droit civil. C'est ce qui arrive lorsqu'il donne la *bonorum possessio secundùm tabulas* à une personne qui même en droit civil a été valablement instituée. C'est ce qui arrive également lorsqu'il donne la *bonorum possessio undè liberi* ou *undè legitimi* à celui que le droit civil appelle à l'hérédité

(1) L. 6 § 1, D., *De bonor. possess.*

(2) C'est particulièrement à cette *bonorum possessio* que les Institutes font allusion lorsqu'elles disent : *Nec solùm in intestatorum hereditatibus vetus jus Prætor emendavit, sicut suprà dictum est, sed...* (pr. *De bonor. possess.*). Comp. § 9 *De heredit. quæ ab intest. defer.*; ci-dessus, p. 14.

(3) Inst., pr. *De bonor. possess.* Comp. le § 28 *De legatis* (II, 20), et notre t. I, p. 762 et suiv.

ab intestat en qualité de *suus* ou de *proximus agnatus*. Ici, *remotâ quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili* (1). — Mais quel avantage peut-il y avoir pour celui qui est déjà héritier en vertu du droit civil à recevoir encore du Préteur le titre de *bonorum possessor?* « L'avantage, dit Gaius, paraît consister simplement en ceci qu'ayant demandé la *bonorum possessio*, l'héritier pourra faire usage de l'interdit *quorum bonorum* » (2). Ce n'est pas ici le lieu de parler de cet interdit; nous nous en occuperons plus tard (3).

Enfin il est possible que le Préteur accorde la *bonorum possessio* dans le but d'étendre le système du droit civil, de combler une lacune du droit civil, *supplendi juris civilis gratiâ*. Comme le dit Justinien, *complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis; dùm id agebat ne quis sine successore moreretur : nàm angustissimis finibus constitutum per legem* XII *Tabularum jus percipiendarum hereditatum Prætor ex bono et æquo dilatavit* (4). Je me borne pour le moment à citer, comme exemple, la *bonorum possessio undè cognati* (qui nous est déjà connue) et la *bonorum possessio undè vir et uxor*.

— Quel est le but que le Préteur a d'abord voulu atteindre, quand il a commencé à donner des *bonorum possessiones?* D'après les Institutes, la *bonorum possessio* aurait été imaginée par le Préteur comme un moyen de corriger l'ancien droit civil : *jus bonorum possessionis introductum est a Prætore, emendandi veteris juris gratiâ* (5). Dans ce système, le Préteur, touché de voir l'enfant émancipé exclu de la succession paternelle, aurait imaginé la *bonorum possessio* pour faire cesser l'iniquité dont il était victime en vertu du droit civil : la *bonorum possessio contrà tabulas* ou *undè liberi*, accordée à l'enfant émancipé, serait ainsi la plus ancienne de toutes; elle aurait été le point de départ et, pour ainsi dire, l'occasion de toutes les autres. — Il me paraît bien difficile d'admettre que telle ait été effectivement l'origine des *bonorum posses-*

(1) Inst., § 1 *De bonor. possess.*
(2) Comment. III, § 34.
(3) Sur le § 3, Inst., *De interdictis* (IV, 15).
(4) Inst., § 2 *in fine De bonor. possess.*
(5) Inst., pr. (au commencement *De bonor. possess.*

siones. Ce n'est pas ainsi que nous voyons en général procéder le Préteur. Le Préteur ne commence point par se poser en adversaire du droit civil : tout d'abord il organise des moyens pour procurer l'exécution du droit civil, et, plus tard, quand il lui semble que dans certains cas cette exécution est inique, il fait comme si le droit civil n'existait pas, et les mêmes moyens créés pour l'exécution d'une règle civile servent en définitive à l'exécution d'une règle prétorienne.

Je crois, avec M. de Vangerow (1), que la *bonorum possessio* a été originairement employée quand il s'agissait de déterminer qui aurait le rôle de demandeur, qui le rôle de défendeur dans une *petitio hereditatis*. Primus et Secundus se disputent une succession qui vient de s'ouvrir, chacun d'eux prétendant y être appelé ; ils se présentent l'un et l'autre devant le magistrat, et devant le magistrat doit également figurer un objet compris dans la succession (2) ; après que chacun des adversaires a revendiqué, après qu'ils se sont provoqués l'un l'autre, toutes les conditions prescrites étant accomplies, *Prætor secundùm alterum eorum vindicias dicit, id est, interim aliquem possessorem constituit, eumque jubet prædes adversario dare litis et vindiciarum*... (3). Cette possession intérimaire que le Préteur accorde à l'un des deux plaideurs est la véritable origine de la *bonorum possessio*. Celui en faveur duquel *vindiciæ dictæ sunt,* celui-là est présumé être l'héritier, et provisoirement il est traité comme tel. Il arrivera même assez souvent que le procès s'arrêtera là : l'adversaire, à qui incombe le rôle de demandeur, se sentira hors d'état de faire tomber la présomption en prouvant sa qualité d'héritier ; il ne donnera pas suite à son action, de sorte que le *possessor* gardera définitivement l'hérédité. De ce fait à l'habitude prise par le Préteur d'accorder la *bonorum possessio*, lorsque *jure civili* il n'y a point d'héritier, à ceux qui équitablement peuvent prétendre à la succession par suite de leurs rapports avec le *de cujus*, il n'y a véritablement qu'un pas : ainsi s'explique l'établissement de la *bonorum possessio undè cognati* et de la *bonorum possessio undè vir et uxor*.

(1) *Lehrbuch*, t. II, § 398.
(2) Gaius, IV, § 17.
(3) Gaius, IV, § 16.

Cet établissement se comprend d'autant mieux qu'il ne s'agissait pas du tout d'enlever la succession à l'État, mais simplement d'empêcher la vacance et d'exclure le premier occupant. Du reste, dès l'instant où le Préteur accorde ainsi la *bonorum possessio* à des personnes qui ne sont certainement pas appelées à l'hérédité par le droit civil, il faut reconnaître qu'en réalité le Préteur crée un ordre successoral particulier, à côté de l'ordre successoral du droit civil.

L'individu que le Préteur constituait *bonorum possessor* obtenait par là même un moyen assez simple (l'interdit *quorum bonorum*) d'arriver à la possession effective des choses héréditaires. A ce point de vue, l'héritier même à qui cette qualité n'était nullement contestée avait intérêt à obtenir la *bonorum possessio :* le Préteur alors la lui accordait par un acte de *voluntaria jurisdictio;* et ceci dut devenir le cas le plus ordinaire lorsque, la *petitio hereditatis* étant exercée habituellement *per formulam petitoriam*, il n'y eut plus besoin d'une attribution préalable de la possession par le magistrat. — Enfin, probablement vers l'époque d'Auguste, le Préteur fit un dernier pas en avant : il refusa la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour la donner de préférence à certaines personnes qu'il lui paraissait plus convenable d'appeler d'abord à la succession. Par exemple, un homme meurt intestat, laissant un fils émancipé et un proche agnat : le Préteur donne la *bonorum possessio*, non pas à l'agnat, qui en droit civil est seul héritier, mais bien au fils émancipé, qui en droit civil doit rester étranger à la succession.

En somme, l'attribution préalable de la qualité de possesseur à l'une des deux parties qui se disputent en justice une hérédité, telle est l'origine première de la *bonorum possessio :* celle-ci a été accordée par le Préteur, d'abord pour compléter, puis pour confirmer, enfin pour corriger l'ancien droit civil. Que ce développement successif de la *bonorum possessio* soit probable en lui-même et conforme à ce que nous savons de la marche du droit prétorien en général, cela est incontestable. Mais nous avons de plus, dans deux discours de Cicéron, des témoignages importants en faveur de ce système :

1° Cicéron, dans sa *seconde action contre Verrès* (1), s'exprime

(1) Livre 1, nos 44 et 45.

ainsi : *Posteaquàm jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus : si tabulæ testamenti non proferrentur, tùm, uti proximum quemque potissimùm heredem esse oporteret, ità secundùm eum possessio daretur.* De cette phrase on peut déjà conclure, ce qui, du reste, va être exprimé plus clairement par la suite, que, quand il y a procès sur une succession, il faut distinguer deux cas : ou bien l'un des plaideurs produit un testament, régulier en la forme, qui l'appelle à l'hérédité, et alors *secundùm eum possessio datur;* ou bien aucun testament n'est ainsi produit, et alors le Préteur accorde la *possessio* à celui des plaideurs qui lui paraît être appelé de préférence par la loi à l'hérédité. — Cicéron continue : « Un certain « Minucius vient à mourir avant la préture de Verrès : comme il « n'y avait pas de testament, son hérédité en vertu de la loi reve- « naît à la *gens Minucia.* Si Verrès avait eu l'Edit de tous les Pré- « teurs qui l'ont précédé et de tous ceux qui l'ont suivi, *possessio « Minuciæ genti esset data;* puis, quelqu'un se prétendait-il héritier « en vertu d'un testament non produit, *lege ageret in hereditatem,* « ou bien, ayant reçu caution *pro præde litis vindiciarum, sponsio- « nem faceret, ità de hereditate certaret* (1)..... Verrès met de côté « le droit, la coutume, l'équité, les Edits de ses prédécesseurs. On « lit dans son *Edictum urbanum :* SI DE HEREDITATE AMBIGITUR, SI « POSSESSOR, SPONSIONEM NON FACIET. Qu'importe au Préteur lequel « des deux adversaires possède ? N'a-t-il pas à rechercher lequel « doit posséder? Ainsi, parce qu'un tel possède, vous le laissez en « possession ! S'il ne possédait pas, vous ne lui donneriez pas la « possession !... Voici maintenant qui est risible : SI DE HEREDITATE « AMBIGETUR, ET TABULÆ TESTAMENTI, OBSIGNATÆ NON MINUS MULTIS « SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET, AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS « TESTAMENTI, POTISSIMUM HEREDITATEM DABO. Cette disposition est « traditionnelle; à la suite devrait venir : SI TABULÆ TESTAMENTI « NON PROFERENTUR. Que dit Verrès ? Qu'il donnera la possession à « celui qui se prétendra héritier. Alors, qu'importe qu'un testa- « ment soit ou non produit? Celui qui produira un testament « auquel manquera une seule des sept empreintes voulues, celui-

(1) En un mot, ce prétendu héritier testamentaire pourrait agir contre le *possessor,* soit *sacramento,* soit *per sponsionem.* Comp. Gaius, IV, §§ 13 et suiv., §§ 91 et suiv.

« là n'aura pas la *possessio ;* et si un plaideur ne produit aucun « testament, vous la lui donnerez!... »

2° On reprochait à Cluentius d'avoir empoisonné Vibius Capax, et l'on faisait remarquer que Cluentius était précisément son héritier. Mais, répond Cicéron, « je dis que Vibius Capax est mort in« testat, et que la *bonorum possessio*, en vertu de l'Édit du Préteur, « a été donnée au fils de sa sœur, à un jeune homme plein d'hon« neur et de sagesse, chevalier romain, à Numerius Cluentius que « vous voyez » (1).

Que conclurons-nous de ces deux passages? Il en ressort évidemment que, de toute ancienneté, en cas de procès *de hereditate,* le magistrat attribuait le bénéfice de la possession intérimaire à celui des deux plaideurs qui paraissait devoir triompher en définitive, ainsi à celui qui produisait un testament régulier, ou, si aucun testament régulier n'était produit, à celui qui paraissait être appelé en première ligne à l'hérédité légitime : de toute ancienneté, au début d'un procès *de hereditate*, le magistrat donnait à l'une des parties, suivant les cas, la *bonorum possessio secundùm tabulas* ou la *bonorum possessio undè legitimi* (2). De plus, il ressort du dernier texte cité qu'à l'époque de Cicéron le Préteur donnait déjà la *bonorum possessio undè cognati*, puisque Cluentius était le fils de la sœur du *de cujus*, c'est-à-dire un simple cognat de celui-ci. Quant à la *bonorum possessio* donnée dans le but de corriger l'ancien droit civil, Cicéron n'y fait aucune allusion (3).

2° *Des* bonorum possessiones *données en cas de testament et des* bonorum possessiones *données* ab intestat.

Lorsque le *de cujus* a laissé un testament, il peut y avoir lieu à

(1) *Pro Cluentio*, n° 60.

(2) La *bonorum possessio contrà tabulas*, donnée au *suus* omis dans le testament de son père, n'est qu'une espèce de *bonorum possessio undè legitimi*, en prenant cette dernière dénomination dans son acception la plus large. Voy. Ulpien L. 1 § 1, D., *De bon. poss. contrà tab.* (37, 4).

(3) Ajoutez qu'Ulpien, parlant de la *bonorum possessio contrà tabulas*, s'exprime de telle manière qu'il semble bien qu'elle a été accordée au *suus* avant d'être accordée à l'émancipé. Comp., dans la L. 1 *De bonor. poss. contrà tab.*, le § 6 et les §§ précédents.

la *bonorum possessio contrà tabulas*, il peut y avoir lieu aussi à la *bonorum possessio secundùm tabulas* (1).

I. La *bonorum possessio contrà tabulas* est donnée, comme le dit le texte, *prœteritis liberis*, c'est-à-dire aux enfants, ou petits-enfants *ex filio*, omis dans le testament du *de cujus*. Elle est également donnée au fils ou petit-fils *ex filio* qui aurait été exhérédé *inter cœteros*, les *liberi masculini sexûs* ne pouvant jamais en droit prétorien être exhérédés que nominativement (2).

Quel est l'effet de la *bonorum possessio contrà tabulas?* En principe, son effet est de réduire le testament *ad non esse*, de le faire considérer comme non avenu : la conséquence est qu'aucune des dispositions contenues dans ce testament ne pourra être mise à exécution *tuitione Prœtoris*. Mais c'est là un principe qui comporte certaines restrictions. Ainsi, d'abord, si le testament contient une substitution pupillaire, vainement la *bonorum possessio contrà tabulas* sera-t-elle demandée en raison de l'omission d'un enfant émancipé : la substitution pupillaire n'en subsistera pas moins (3). De même, certains legs ou fidéicommis contenus dans le testament subsistent, encore que la *bonorum possessio contrà tabulas* ait été obtenue : *Qui judicia patris rescindunt per contrà tabulas bonorum possessionem, ex judicio ejus quibusdam personis legata et fideicommissa prœstant, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum* (4). Enfin, aux termes d'un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux, la *bonorum possessio contrà tabulas* demandée par une femme a pour effet, non plus de dépouiller complétement l'institué, mais seulement de faire obtenir à la femme omise la part de succession qu'elle obtiendrait en vertu du *jus accrescendi* (5).

La *bonorum possessio contrà tabulas* que mentionne Justinien au § 3 de notre Titre *De bonor. possess.*, c'est uniquement celle qui est donnée aux *liberi prœteriti*. Mais nous savons déjà que la *bonorum*

(1) Inst., § 3 (au commencement) *De bonor. possess.*

(2) *Fragm. d'Ulpien*, XXII, § 23; Inst., § 3 *De exhered. liber.* (II, 13). Ces deux textes parlent seulement de *liberi emancipati;* mais le Préteur exige également l'exhérédation nominative pour le *filius* ou le *nepos* restés *sui*.

(3) Africain, L. 34 § 2, D., *De vulg. et pup. subst.* (28, 6). Comp. notre t. I, p. 672 et 673.

(4) Ulpien, L. 1 pr., D., *De leg. prœst. contrà tab. bon. poss. pet.* (37, 5).

(5) Gaius, II, § 126. Comp. notre t. I, p. 633.

possessio contrà tabulas peut être donnée encore à d'autres personnes. Ainsi, lorsque le *de cujus* est un affranchi, en supposant que cet affranchi n'ait point de *liberi naturales* ou, s'il en a, en supposant qu'il les ait exhérédés, le patron omis dans son testament ou gratifié de moins de la moitié de la succession a une *bonorum possessio contrà tabulas dimidiæ partis* (1). Mais cette *bonorum possessio* donnée au patron, à la différence de celle qui est donnée aux *liberi præteriti*, est accordée seulement *contrà heredem* et non pas *contrà lignum*. C'est ce qu'indique très-bien le jurisconsulte Paul : *Illud notandum est*, dit-il, *quòd bonorum possessio contrà tabulas, quæ liberis promittitur, locum habet, sive quis heres extiterit, sive non. Et hoc est quod dicimus, contrà ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem. Quod in patrono contrà est* (2).

Comme au patron, le Préteur accorde la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* au père qui a émancipé son fils *contractâ fiduciâ* (3). Mais, tandis que les enfants du patron ont le même droit que lui, il n'y a rien de semblable pour les enfants de l'émancipateur : *Liberos manumissoris*, dit Ulpien, *non venire ad contrà tabulas bonorum possessionem filii constat, quamvis patroni veniant* (4). — Il paraît qu'avant d'avoir obtenu la *bonorum possessio contrà tabulas*, le père émancipateur, quand il aurait été appelé à la succession *ab intestat* de l'émancipé et que l'émancipé l'avait omis sans raison, avait déjà la *querela inofficiosi testamenti;* en lui accordant la *bonorum possessio contrà tabulas*, le Préteur n'enlève point à l'émancipateur le droit d'exercer cette *querela*, et, du reste, il est à remarquer que pour qu'il puisse l'exercer il n'est point nécessaire qu'il ait fait l'émancipation *contractâ fiduciâ*. Voici un texte d'Ulpien où se trouvent toutes ces indications : *Patrem, acceptâ contrà tabulas bonorum possessione, et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit : nec enim ei nocere debet quod jura patronatûs habebat, cùm sit et pater* (5).

(1) Gaius, III, § 41; Inst., § 1 *De success. libert* (III, 7). Ci-dessus, p. 59.

(2) L. 4 pr., D., *De bonor. poss. contrà tab.* (37, 4). Voy. aussi Tryphoninus, L. 19 *eod. Tit.*

(3) Ulpien, L. 1 pr., D., *Si a parente quis manum. sit* (37, 12).

(4) Même L. 1, § 5.

(5) Même L. 1, § 6.

II. La *bonorum possessio secundùm tabulas* est donnée dans deux circonstances bien distinctes :

Elle est d'abord donnée à celui qui d'après le droit civil est valablement institué héritier. Le Préteur ici ne fait autre chose que procurer l'exécution du droit civil : il donne la *bonorum possessio juris civilis confirmandi gratiâ*. Il la donne, lors même que le testament ne serait pas revêtu des formes prétoriennes, ne serait pas *septem signis obsignatum*. Si le testament était purement nuncupatif (1), l'institué aurait encore droit à la *bonorum possessio;* mais, comme il n'y a pas ici de *tabulæ*, on dirait qu'elle lui est donnée *secundùm nuncupationem* (2). — La seule condition que le Préteur exige pour accorder ainsi la *bonorum possessio* à celui qui est valablement institué *jure civili*, c'est qu'il n'y ait pas lieu à la *bonorum possessio contrà tabulas*. Comme le dit Ulpien, *æquissimum ordinem Prætor secutus est : voluit enim primò ad liberos bonorum possessionem contrà tabulas pertinere; mox, si indè non sit occupata, judicium defuncti sequendum. Expectandi igitur liberi erunt, quamdiù bonorum possessionem petere possunt; quòd si tempus fuerit finitum, aut antè decesserint vel repudiaverint vel jus petendæ bonorum possessionis amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos* (3).

En second lieu, le Préteur donne la *bonorum possessio secundùm tabulas* à celui qui *jure prætorio* est institué régulièrement, lors même que l'institution ne vaudrait pas *jure civili*. Comme le disait déjà Gaius, dont Justinien n'a reproduit qu'en partie la décision, *non per omnia inutilia sunt ea testamenta quæ vel ab initio non jure facta sunt, vel, jure facta, posteà irrita facta aut rupta sunt : nàm, si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundùm tabulas bonorum possessionem petere, si modò defunctus testator et civis romanus et suæ potestatis, mortis tempore, fuerit...* (4). Ici la *bonorum possessio secundùm tabulas* est donnée par le Préteur *impugnandi vel emendandi veteris juris gratiâ*. J'ai déjà eu l'occasion de citer les principaux cas d'application de

(1) Inst., § 14 *De testam. ordin.* (II, 10).
(2) Gordien, L. 2, C., *De bonor. poss. secund. tab.* (6, 11).
(3) L. 2 pr., D., *De bonor. poss. secund. tab.* (37, 11).
(4) Gaius, II, § 147; Inst., § 6 *Quib. mod. testam. infirm.* (II, 17).

cette *bonorum possessio secundùm tabulas* (1). Pour le moment, je me borne à rappeler que, le fils *suus* ayant été omis dans le testament paternel, en droit civil ce testament est nul et restera nul quoi qu'il arrive; mais, en droit prétorien, si le testament est *septem signis obsignatum* et si le fils omis ne demande pas la *bonorum possessio contrà tabulas*, l'institué pourra obtenir la *bonorum possessio secundùm tabulas* (2).

Passons au cas où le *de cujus* est mort intestat. Pour ce cas, le texte des Institutes indique comme possibles huit *bonorum possessiones*, que nous allons étudier successivement.

I. *Bonorum possessio* UNDÈ LIBERI. — Justinien en a déjà parlé précédemment, dans le Titre *De heredit. quæ ab intest. defer.* (notamment au § 9). Nous savons que le Préteur donne cette *bonorum possessio* aux enfants émancipés, qui *jure civili* ne sont point appelés à l'hérédité; il la donne également aux enfants restés en puissance : comme le dit Justinien, *primo loco suis heredibus, et iis qui ex Edicto Prætoris inter suos connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur* UNDÈ LIBERI (3). Donc cette *bonorum possessio* n'est pas uniquement donnée pour corriger le droit civil; elle peut être donnée aussi pour le confirmer. C'est une des nombreuses ressemblances qu'elle présente avec la *bonorum possessio contrà tabulas;* du reste, j'ai déjà cité le texte d'Ulpien portant que les mêmes *liberi* qui seraient admis à la *bonorum possessio contrà tabulas* doivent être admis aussi à la *bonorum possessio undè liberi* (4). Pour expliquer que le Préteur donne la *bonorum possessio* dont il s'agit même aux enfants qui ont cessé d'être *heredes sui*, voici ce que dit le jurisconsulte Paul : *Propter æquitatem, rescindit eorum capitis deminutionem Prætor* (5).

Pour qu'il y ait lieu à la *bonorum possessio undè liberi*, il faut supposer ou qu'il n'existe absolument pas de testament ou, s'il en existe un, que ce testament, considéré au moment où le testateur

(1) T. I, p. 687 et 688. Voy. aussi, en ce qui concerne la *bonorum possessio secundùm tabulas* donnée au *postumus alienus*, t. I, p. 762 et suiv.

(2) T. I, p. 634.

(3) § 3 *De bonor. possess.*

(4) Ci-dessus, p. 23.

(5) L. 6 § 1, D., *De bonor. possess*

vient à mourir, n'est susceptible de produire aucun effet. Par exemple, le *de cujus* a fait un testament qui était parfaitement régulier, sauf qu'il y avait omission d'un enfant de ce *de cujus ;* mais il se trouve qu'aucune des personnes qu'il avait instituées ne lui a survécu : en cas pareil, c'est la *bonorum possessio undè liberi*, non la *bonorum possessio contrà tabulas*, que devra demander l'enfant omis. Le principe est très-bien posé par le jurisconsulte Tryphoninus : *Quod vulgò dicitur*, LIBERIS DATAM BONORUM POSSESSIONEM CONTRA LIGNUM ESSE, *sic intelligendum est ut sufficiat exstitisse tabulas, mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundùm eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum posteà secutum sit vel sequi potuit. Nàm, si vel omnes instituti substitutique antè testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit cum quo testamenti factio non fuit, peti contrà tabulas inane est quæ sine effectu foret* (1). Il en serait autrement si les héritiers institués n'étaient morts qu'après le testateur : *Marcellus putat, contrà tabulas bonorum possessionem semel natam competere* (2).

A l'aide du principe qui vient d'être posé, nous pouvons résoudre sûrement la question suivante : Lorsqu'un fils *suus* a été omis dans le testament paternel, est-ce la *bonorum possessio undè liberi* ou bien la *bonorum possessio contrà tabulas* que lui donne le Préteur? Plusieurs textes prouvent positivement qu'il peut y avoir lieu à la *bonorum possessio contrà tabulas* (3). Mais s'ensuit-il qu'il n'y ait jamais lieu à la *bonorum possessio undè liberi?* Non : une distinction doit être faite. D'abord, si le testament n'est pas *septem signis obsignatum*, il est radicalement nul et il ne pourra jamais avoir aucun effet soit en droit civil, soit en droit prétorien : donc c'est la *bonorum possessio undè liberi* que le fils doit demander. Le testament fût-il *septem signis obsignatum*, si à la mort du testateur il ne reste aucun institué, c'est encore la *bonorum possessio undè liberi* qui peut seule être donnée. Mais, si, le testament étant en forme prétorienne, il se trouve à la mort du testateur un institué qui a chance d'obtenir

(1) L. 19, D., *De bonor. possess. contrà tab.*

(2) Ulpien, L. 8 § 5 *eod. Tit.*

(3) Voy. notamment Ulpien, *Fragments*, XXVIII, § 3; L. 1 pr., §§ 1 et 6, *De bon. poss. contrà tab.;* Paul, L. 15 pr. (au commencement) *De leg. præst.* (37, 5).

la *bonorum possessio secundùm tabulas*, comme ici nous avons un testament susceptible de produire quelque effet, c'est évidemment à la *bonorum possessio contrà tabulas* que devra recourir le fils omis, toutes les fois que, non content du titre d'héritier, il voudra y joindre celui de *bonorum possessor*.

Au fond, quel intérêt y a-t-il à savoir si l'enfant arrive à la succession par la *bonorum possessio contrà tabulas*, ou bien au contraire par la *bonorum possessio undè liberi?* Supposons qu'il s'agisse d'un enfant émancipé : alors, dans le premier cas, il pourrait avoir à payer certaines dispositions testamentaires (1), tandis que cela ne peut pas se présenter dans le deuxième. Du reste, quand l'enfant omis est un *suus*, vînt-il à la succession par la *bonorum possessio contrà tabulas*, il n'est tenu d'acquitter aucune disposition testamentaire : *Is qui in potestate est*, dit Paul, *præteritus legata non debebit præstare, etsi contrà tabulas bonorum possessionem petierit : quia, et non petitâ bonorum possessione, intestati hereditatem obtineret;...et absurdum est eum cogi legata præstare quia bonorum possessionem petierit; cùm et sine hâc hereditatem habiturus sit suo jure* (2).

II. *Bonorum possessio* UNDÈ LEGITIMI. — Cette *bonorum possessio* nous est déjà connue : elle a dû être mentionnée, soit à propos du droit de succession des agnats (Inst., Liv. III, Tit. II), soit à propos des Sénatusconsultes Tertullien et Orphitien (Tit. III et IV), soit à propos du droit de succession du patron (Tit. VII). Il importe surtout de rappeler qu'en cette matière le droit prétorien est calqué sur le droit civil, et qu'ainsi la *bonorum possessio* est donnée précisément aux mêmes personnes à qui le droit civil défère l'hérédité *ab intestat* : en d'autres termes, le principe ici est que le but du Préteur est purement et simplement de confirmer le droit civil (3). Dans l'Édit lui-même se trouvaient ces mots TUM QUEM EI HEREDEM ESSE OPORTERET SI INTESTATUS MORTUUS ESSET (4), que le jurisconsulte Ulpien paraphrase ainsi : *Hæc bonorum possessio*

(1) Voy. le Titre du Digeste *De leg. præst. contrà tab. bonor. poss. petitâ* (37, 5). Comp., ci-dessus, p. 84.

(2) L. 15 pr., D., *De leg. præst.* (37, 5).

(3) Voy., ci-dessus, p. 31 *in fine*.

(4) L. 1, D., *Undè legit.* (38, 7).

omnem vocat qui ab intestato potuit esse heres, sive lex XII *Tabularum eum legitimum heredem faciat, sive alia Lex Senatusveconsultum. Denique mater, quæ ex Senatusconsulto Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt* (1). Le patron, que la loi des douze Tables appelle à l'hérédité de son affranchi, peut certainement se faire donner la *bonorum possessio undè legitimi*. Même le *manumissor extraneus*, au cas où un père a émancipé son enfant *non contractâ fiduciâ*, peut venir à la succession de l'émancipé au moyen de cette *bonorum possessio ;* seulement, comme nous allons le voir immédiatement, il y a ceci de remarquable que le *manumissor extraneus* peut être exclu par certains cognats.

III. *Bonorum possessio* UNDÈ DECEM PERSONÆ. — « Le Préteur, dit Justinien, préférait dix personnes au *manumissor extraneus*. Ces dix personnes sont : le père et la mère ; le grand-père et la grand'-mère, soit paternels, soit maternels ; le fils et la fille ; le petit-fils et la petite-fille, soit *ex filio*, soit *ex filiâ ;* le frère et la sœur, soit consanguins, soit utérins » (2). Ces dix personnes, étant pour l'émancipé de simples cognats, seraient exclues, en droit prétorien comme en droit civil, par le *manumissor extraneus*, si le Préteur ne leur avait pas accordé une *bonorum possessio* particulière, si conformément aux principes généraux il leur avait ouvert seulement la *bonorum possessio undè cognati* (3). — Il est à remarquer, du reste, que, si l'émancipé *de cujus* laisse son père et sa mère, le père est toujours appelé préférablement à la mère. C'est ce que dit expressément Modestin : *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat* (4), *mater defuncti summovetur* (5).

(1) L. 2 § 4 *eod. Tit.*

(2) Inst., § 3 *De bonor. possess.*

(3) Il ne peut pas être question ici de tous les enfants de l'émancipé, mais seulement de ceux qui au moment de sa mort se trouvent *in adoptivâ familiâ :* les autres, ayant la *bonorum possessio undè liberi*, n'ont pas besoin de la *bonorum possessio undè decem personæ* pour passer avant le *manumissor extraneus*.

(4) Cette *bonorum possessio* qui appartient au *pater non manumissor* ne peut être que la *bonorum possessio undè decem personæ*.

(5) L. 10, D., *De suis et legit.* (38, 16). Comp. Inst., § 3 *De Senatusc. Tertull.;* et ci-dessus, p. 37.

Cette *bonorum possessio undè decem personæ* devait être assez rare, l'émancipation se faisant habituellement *contractâ fiduciâ*. Ainsi s'explique qu'elle ne figure point parmi les *bonorum possessiones* énumérées dans les *Fragments d'Ulpien* (1). Du reste, elle est parfaitement indiquée par le même jurisconsulte Ulpien, dans un passage de la *Collatio legum mosaïcarum* (2).

IV. *Bonorum possessio* UNDÈ COGNATI.— En ce qui concerne cette *bonorum possessio*, accordée par le Préteur dans le but de développer l'ancien droit civil, d'en combler les lacunes, il me suffira de renvoyer aux explications déjà données à propos du droit de succession des cognats (3).

V. *Bonorum possessio* TUM QUEM EX FAMILIA (4). — La *familia* dont il s'agit ici, c'est la famille du patron (5). Un affranchi meurt intestat, il ne laisse point d'héritier sien; son patron est prédécédé, et il n'y a point non plus de *liberi patroni* : le Préteur donne alors la *bonorum possessio* au plus proche agnat du patron.

VI. *Bonorum possessio* UNDÈ PATRONUS ET PATRONA LIBERIQUE EORUM ET PARENTES (6). — Suivant Théophile, cette *bonorum possessio* serait donnée au patron ou à la patronne du *de cujus*, ainsi qu'à leurs enfants, dans le cas où ils n'ont demandé ni la *bonorum possessio undè legitimi* ni la *bonorum possessio tùm quem ex familiâ;* elle serait également donnée aux ascendants du patron ou de la patronne. Mais cette explication soulève plusieurs difficultés. D'abord il serait bien bizarre que le Préteur eût créé une *bonorum possessio* spéciale, tout exprès pour venir en aide à des retardataires, à des personnes qui n'ont pas profité de la *bonorum possessio* qu'elles pouvaient demander immédiatement après l'ouverture de la succession. Je vois bien que les *heredes sui*, quand ils n'ont pas voulu de la *bonorum possessio undè liberi*, peuvent encore profiter de la *bonorum possessio undè legitimi* et primer ainsi tous

(1) Tit. XXVIII, § 7.
(2) Tit. XVI, ch. IX, § 2.
(3) Ci-dessus, p. 52 et suiv.
(4) Ou, suivant d'autres, TANQUAM EX FAMILIA.
(5) *Fragm. d'Ulpien*, XXVIII, § 7.
(6) Justinien, § 5 *De bonor. possess.*, donne une dénomination un peu différente : UNDÈ LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM.

les agnats (1); mais du moins cette *bonorum possessio undè legitimi* n'a pas été établie spécialement pour les enfants, en vue du cas où ils auraient négligé de demander la *bonorum possessio* qui leur compète directement. D'un autre côté, si le patron du *de cujus* a laissé des descendants non *sui* ou des ascendants, j'ai peine à croire que ces descendants ou ascendants puissent obtenir la *bonorum possessio* qui nous occupe; je crois qu'ils ont seulement celle qui figure en huitième ligne, la *bonorum possessio undè cognati manumissoris.*

On voit dans les Basiliques que la succession d'un affranchi peut être déférée au patron de son patron (2). Je crois que la *bonorum possessio* dont il s'agit se réfère à cette idée. Le *de cujus* avait été affranchi par Primus, lequel était lui-même l'affranchi de Secundus; au moment où s'ouvre la succession, Primus est mort et il n'a pas laissé d'enfants : de même que les agnats du patron, si ce patron était ingénu, auraient la *bonorum possessio tùm quem ex familiâ*, de même son propre patron, quand il est un affranchi, doit avoir une *bonorum possessio* analogue. Et non-seulement Secundus, mais ses enfants, s'il est prédécédé, ont droit à cette *bonorum possessio.* Enfin, si le patron Primus n'est pas, à proprement parler, un affranchi, mais qu'il ait été émancipé par son père *contractâ fiduciâ*, le père émancipateur étant *loco patroni,* nous lui donnerons encore la même *bonorum possessio.* Voilà comment je crois qu'il faut entendre la *bonorum possessio* UNDÈ PATRONUS ET PATRONA LIBERIQUE EORUM ET PARENTES. De cette manière on s'explique très-bien qu'elle vienne immédiatement après la *bonorum possessio* TUM QUEM EX FAMILIA. En effet, dans l'une comme dans l'autre, le *de cujus* est un affranchi de qui le patron est prédécédé : si ce patron prédécédé était ingénu, nous appelons ses agnats; si au contraire il était lui-même *libertinus* ou s'il a été émancipé *contractâ fiduciâ*, il ne peut pas avoir d'agnats, et nous appelons son patron ou le *parens manumissor*. Outre que cette manière de voir, en elle-même, est parfaitement conforme aux principes généraux, voici un texte

(1) *Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhùc dicemus obstare eos legitimis, hoc est his quibus legitima potuit deferri hereditas : idcircò quia, repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi.* Ulpien, L. 2 pr., D., *Undè legit.*

(2) Cujas, *Observat.* lib. XX, ch. 34.

d'Ulpien qui la met véritablement hors de doute : *Post familiam patroni*, dit Ulpien, *vocat Prætor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronæ* (1). Je ne vois pas qu'on puisse faire marcher ce texte avec l'explication de Théophile : car comment admettre que le Préteur appelle d'abord la *familia*, les agnats du patron, et puis ce patron lui-même ? Ulpien dit, aussi clairement que possible, qu'à défaut d'agnats du patron on appelle son propre patron.

VII. *Bonorum possessio* UNDÈ VIR ET UXOR. — Le *de cujus* avait contracté un *justum matrimonium*, qui subsistait encore au moment de sa mort (2). Lorsque c'est la femme qui survit au mari, si elle était *in manu mariti*, elle n'aurait pas besoin d'une *bonorum possessio* particulière : le Préteur lui aurait donné, comme à une *filia sua* du défunt, la *bonorum possessio undè liberi* ou même la *bonorum possessio undè legitimi*. — La *bonorum possessio undè vir et uxor* a vraisemblablement été admise en même temps que la *bonorum possessio undè cognati* : comme celle-ci, le Préteur l'a établie *veteris juris supplendi gratiâ, ne quis sine successore moreretur*.

VIII. *Bonorum possessio* UNDÈ COGNATI MANUMISSORIS. — Cette *bonorum possessio* n'était pas donnée à tous les cognats *in infinitum* du patron. Nous savons déjà qu'en général on ne tient pas compte de la *cognatio* au-delà d'un certain degré (3). Spécialement en ce qui concerne cette *bonorum possessio*, Ulpien dit que le Préteur la donne *cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet* (4). La loi Furia défendait, mais en exceptant certaines personnes, qu'on pût recevoir plus de mille as à titre de legs ou de donation à cause de mort (5). Quelles étaient les personnes exceptées, les personnes auxquelles ne s'appliquait pas la défense ? *Illa lex*, dit Paul, à propos de la loi Furia, *sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum* (6). Ainsi,

(1) *Collatio leg. mosaïc.*, Tit. XVI, ch. IX, § 1.
(2) Ulpien, L. un., D., *Undè vir et uxor* (38, 11).
(3) Voy., ci-dessus, p. 56.
(4) *Fragm.*, XXVIII, § 7.
(5) Voy. Gaius, II, § 225, et notre t. I, p. 777.
(6) *Fragm. Vatic.*, § 301. La loi Cincia sur les donations excepté seulement les parents jusqu'au 5e degré, et, au 6e, les cousins issus de germains : même § 301 et § 299.

pour avoir droit à la *bonorum possessio* qui nous occupe, il faut être le cognat du patron à un degré qui ne dépasse pas le sixième; il suffit même d'être son cognat au septième, quand on est l'enfant de son *sobrinus* (de son cousin issu de germain).

— Pour résumer en quelques mots le système des *bonorum possessiones* données *ab intestat*, quatre cas doivent être distingués :

1° Le *de cujus* est un ingénu qui est devenu *sui juris* par la mort de son père ou qui a été émancipé *contractâ fiduciâ*. Alors quatre *bonorum possessiones* sont possibles, savoir : UNDÈ LIBERI, — UNDÈ LEGITIMI (soit au profit du plus proche agnat, soit au profit du père émancipateur), — UNDÈ COGNATI, — UNDÈ VIR ET UXOR.

2° Le *de cujus* est un ingénu qui a été émancipé sans fiducie, de sorte qu'il a un *manumissor extraneus*. Alors cinq *bonorum possessiones* sont possibles, savoir : UNDÈ LIBERI, — UNDÈ DECEM PERSONÆ, — UNDÈ LEGITIMI (au profit du *manumissor extraneus*), — UNDÈ COGNATI, — UNDÈ VIR ET UXOR.

3° Le *de cujus* a été affranchi par un ingénu. Cinq *bonorum possessiones*, savoir : UNDÈ LIBERI, — UNDÈ LEGITIMI (au profit du patron et de ses enfants), — TUM QUEM EX FAMILIA, — UNDÈ VIR ET UXOR, — UNDÈ COGNATI MANUMISSORIS.

4° Enfin le *de cujus* a été affranchi par un homme qui lui-même avait été *manumissus*. Quatre *bonorum possessiones*, savoir : UNDÈ LIBERI, — UNDÈ LEGITIMI, — UNDÈ PATRONUS ET PATRONA (le patron du patron ou son *parens manumissor*), — UNDÈ VIR ET UXOR.

Les *bonorum possessiones* dont nous avons parlé jusqu'à présent sont *ordinariæ*, c'est-à-dire que chacune d'elles est établie en vue d'un cas parfaitement déterminé : chacune suppose nécessairement que le *de cujus* est mort testat ou bien au contraire qu'il est mort intestat. Nous arrivons à une *bonorum possessio* dont le caractère est moins précis, qui peut être donnée *tàm ex testamento quàm ab intestato* : c'est la *bonorum possessio* UTI EX LEGIBUS. « Les « Préteurs, dit Justinien, l'ont introduite avec grande raison. Elle « est promise, en dernier lieu, dans l'Édit, à ceux qui, aux termes « d'une loi ou d'un Sénatusconsulte ou d'une Constitution, ont « droit à une *bonorum possessio*. Le Préteur ne l'a pas rangée *sta-* « *bili jure* parmi les *bonorum possessiones quæ ab intestato veniunt* ni

« parmi celles *quæ ex testamento sunt*; mais il l'applique, comme « ressource dernière et extraordinaire, suivant que les circons- « tances l'exigent, à ceux qui sont appelés *ex novo jure*, en vertu « d'une loi ou d'un Sénatusconsulte ou d'une Constitution impé- « riale, soit qu'il s'agisse d'une succession testamentaire ou d'une « succession *ab intestat* » (1).

Ce qui vient d'être dit suffirait pour empêcher de confondre la *bonorum possessio uti ex legibus* avec la *bonorum possessio undè legitimi*. Du reste, les jurisconsultes romains avaient pris la peine de bien marquer la différence. Ulpien, parlant de la *bonorum possessio uti ex legibus*, s'exprime ainsi : *Cùm ex lege* XII *Tabularum quis habet hereditatem, hinc non petit, sed indè*, TUM QUEM EI HEREDEM ESSE OPORTET : *quippè cùm non aliàs hinc competat bonorum possessio quàm si lex specialiter deferat bonorum possessionem* (2). Cela veut dire que la personne appelée à l'hérédité par la loi des douze Tables peut demander, non la *bonorum possessio uti ex legibus*, mais la *bonorum possessio undè legitimi*, attendu que la première suppose nécessairement une loi qui d'une manière expresse déclare que telle personne aura le droit d'obtenir la *bonorum possessio*. Maintenant, si la personne qui a droit à la *bonorum possessio undè legitimi* n'a pas droit par cela seul à la *bonorum possessio uti ex legibus*, réciproquement celui qui pourrait obtenir cette dernière pourrait aussi se faire donner l'autre : *Generaliter sciendum est*, dit Paul, en parlant de la partie de l'Édit relative à la *bonorum possessio undè legitimi, quotiescumque vel Lex vel Senatus defert hereditatem*, *non etiam bonorum possessionem*, *ex hâc parte eam peti oportere. Cùm verò etiam bonorum possessionem dari jubet*, *tùm ex illâ parte quâ ex Legibus peti debere; sed et ex hâc parte poterit* (3).

Voici deux cas dans lesquels, la loi même accordant la *bonorum possessio*, il y aurait lieu à la *bonorum possessio uti ex legibus*:

1° Le *de cujus* est un *libertinus*, il avait été affranchi par une femme ; il meurt intestat, laissant un enfant adoptif ou laissant sa

(1) Inst., § 7 *De bonor. possess.*
(2) L. un. § 2, D., *Ut ex legibus* (38, 14).
(3) L. 3, D., *Undè legit.* (38, 7).

femme qu'il avait *in manu*, ou bien, n'ayant point d'enfant *ex justis nuptiis*, il a fait un testament dans lequel la patronne est omise. Dans ces deux hypothèses, l'ancien droit romain ne fournissait aucune ressource à la patronne : elle était complétement exclue de la succession. La loi Papia a corrigé cette ancienne règle : *duobus liberis honoratæ ingenuæ patronæ, libertinæ tribus, eadem ferè jura dedit quæ ex Edicto Prætoris patroni habent* (1). Ainsi, en vertu d'une disposition expresse de la loi Papia, la patronne qui a deux ou trois enfants peut se faire donner la *bonorum possessio* (probablement pour la moitié de la succession) : c'est une *bonorum possessio uti ex legibus*.

2° Il s'agit de la succession d'une *libertina*; elle avait été affranchie par une femme, et elle a fait un testament dans lequel la patronne est omise. La patronne peut-elle réclamer? Oui, si elle a des enfants : *patronæ, quæ liberis honorata sit, hoc jus tribuitur per legem Papiam quod habet ex Edicto patronus contrà tabulas liberti* (2). Au moyen de la *bonorum possessio*, que lui donne expressément la loi Papia, donc au moyen d'une *bonorum possessio uti ex legibus*, la patronne va enlever la moitié de la succession aux héritiers institués par son affranchie.

3° *De la* bonorum possessio EDICTALIS *et de la* bonorum possessio DECRETALIS.

La *bonorum possessio* peut être obtenue en exécution d'une disposition de l'Édit, par cela seul qu'on la demande (3); d'autres fois le Préteur l'accorde *cognitâ causâ*, non parce qu'on se trouve dans un cas où l'Édit a promis d'avance qu'elle serait accordée, mais parce qu'il lui paraît convenable de l'accorder eu égard aux circonstances particulières qui se produisent. La *bonorum possessio* est dite *edictalis* dans la première hypothèse, *decretalis* dans la deuxième (4). A l'origine, lorsque pour la première fois le Pré-

(1) Gaius, III, § 50.

(2) Gaius, III, § 52.

(3) La *bonorum possessio* est alors demandée *per libellum* : voy. Ulpien, L. 71, D., *De reg. jur.* (50, 17).

(4) Les deux expressions sont employées par le jurisconsulte Ulpien : L. 1 § 4, D., *Si tab. test. nullæ exst.* (38, 6), et L. 1 § 7 *De success. ed.* (38, 9).

teur a donné la *bonorum possessio*, elle a dû être *decretalis ;* puis, peu à peu l'Édit a indiqué d'avance les cas ordinaires où on pourrait la demander. Mais certains cas non prévus dans l'Édit ont dû se présenter assez tard, et dans ces cas il ne pouvait être question que d'une *bonorum possessio decretalis.*

Par exemple, un homme qui a un enfant émancipé vient à mourir laissant un testament dans lequel l'enfant est omis. Voilà un cas qui a été formellement prévu dans l'Édit : la *bonorum possessio contrà tabulas* que peut demander l'enfant omis est une *bonorum possessio edictalis.* L'enfant n'a qu'à former sa demande devant le magistrat, en lui exposant les faits : le magistrat, sans entrer pour le moment dans aucun examen de l'affaire, accordera la *bonorum possessio.* Du reste, si plus tard l'exactitude des faits était contestée par une personne intéressée, le *bonorum possessor* aurait à en justifier (1).

Quant à la *bonorum possessio decretalis*, il est impossible de donner une liste complète de tous les cas où elle a pu être accordée par le magistrat. Voici les principaux cas que nous font connaître les jurisconsultes romains :

1° Un homme est bien appelé à une *bonorum possessio* promise par l'Édit; mais sa vocation dépend d'un événement futur et incertain, ou bien elle n'est pas définitive, elle est résoluble. En cas pareil, convient-il de lui donner actuellement la *bonorum possessio?* Cela dépend des circonstances : elles doivent donc être appréciées par le magistrat, qui rendra son décret en conséquence. Ainsi, celui qui aurait droit à une *bonorum possessio* se trouve être *furiosus :* pour que la *bonorum possessio* puisse lui être définitivement donnée, il faut que, devenu *mentis compos*, il la demande lui-même; mais provisoirement elle peut être donnée *ex decreto* à son curateur (2). De même, celui qui est appelé en première ligne à la succession étant *furiosus*, si son curateur ne demande pas la *bonorum possessio*, la personne qui succéderait à son défaut pourra l'obtenir *ex decreto magistratûs* (3). Enfin, dans l'*Edictum Carbonianum*,

(1) Voy. notamment Sévère et Antonin, L. 1, C , *Quorum bonorum* (8, 2).

(2) Ulpien, L. 2 § 11 *in fine*, D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17); Justinien, L. 7 § 3, C., *De curat. furiosi* (5, 70).

(3) Papinien, L. 1, D., *De bonor. possess. furioso* (37, 3).

introduit au milieu du VIIe siècle de la fondation de Rome, le Préteur s'exprimait ainsi : *Si cui controversia fiet an inter liberos sit, causâ cognitâ perindè possessio datur ac si nulla de eâ re controversia esset; et judicium in tempus pubertatis causâ cognitâ differtur* (1). — Dans les différents cas qui viennent d'être indiqués, celui qui obtient la *bonorum possessio decretalis* doit toujours fournir caution.

2° Un homme est mort laissant un testament dans lequel il instituait pour héritier son fils émancipé ; on croit que la veuve est enceinte, et le testateur a omis le *postumus*. Papinien, qui prévoit l'espèce, pose d'abord ce principe : *quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas*. Cependant, le fils venant à mourir avant qu'on ne sache si le testament subsiste ou s'il est rompu, ne serait-il pas inique *filium heredi suo relinquere nihil?* Evidemment cela serait inique, et le jurisconsulte admet qu'au moyen d'un décret *emancipato subveniri debet, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est* (2). Paul donne la même décision (3). Julien va plus loin : supposant que l'institué est mort avant d'avoir demandé la *bonorum possessio*, *non est iniquum*, dit-il, *Prætorem decernere heredibus ejus salvum fore commodum bonorum possessionis secundùm tabulas vel contrà tabulas* (4); et Papinien est également d'avis qu'il faut venir au secours des héritiers dont l'auteur est mort avant d'avoir pu demander la *bonorum possessio secundùm tabulas* ou *undè legitimi* à laquelle en définitive il se trouve qu'il avait droit (5).

3° Il paraît que la rédaction de l'Edit laissait à désirer, particulièrement en ce qui concerne la *bonorum possessio contrà tabulas* (6) : le Préteur alors, suivant les circonstances, pouvait accorder la *bonorum possessio* à des personnes qui s'y trouvaient appelées, sinon par le texte, du moins par l'esprit de l'Edit. Par exemple, Primus ayant donné en adoption à un tiers son fils Secundus, celui-ci

(1) L. 1 pr., D., *De Carbon. Ed.* (37, 10).
(2) L. 84, D., *De adquir. vel omitt. heredit.* (29, 2).
(3) L. 4 § 3, D., *De bonor. poss. contrà tab.* (37, 4).
(4) L. 5 *eod. Tit.*
(5) L. 12, D., *De Carbon. Ed.* (37, 10).
(6) Voy. Africain, L. 14 pr., D., *De bonor. poss. contrà tab.* (37, 4); Julien, L. 6, D., *De leg. præst.* (37, 5); Scévola, L. 10, D., *De collat. bonor.* (37, 6).

s'est marié et a eu lui-même un fils, Tertius; Secundus, devenu *sui juris* par la mort de son père adoptif, a émancipé Tertius : on se demande si Tertius a droit à la *bonorum possessio contrà tabulas* relativement à Primus, son grand-père naturel. La raison de douter, c'est que, d'après l'Edit, l'enfant émancipé par son père naturel reste néanmoins dans sa famille : cela étant, Tertius est encore dans la famille de Secundus, c'est-à-dire dans la famille de celui qui avait adopté son père, et il n'est point dans la famille de Primus. Mais cette conséquence du principe paraît inique : aussi Africain décide-t-il *hunc nepotem contrà tabulas avi naturalis decreto posse petere bonorum possessionem* (1). — Autre cas. Primus a émancipé son fils Secundus; celui-ci s'est marié et a eu un fils, Tertius, qu'il a émancipé; puis il s'est donné en adrogation, il a survécu à l'adrogeant et lui-même est mort. On se demande si Tertius a droit à la *bonorum possessio contrà tabulas*, soit vis à vis de son père Secundus, soit vis à vis de son grand-père Primus. Il semble bien qu'il n'y a pas droit : en effet, quant à son père, celui-ci étant mort *in adoptivâ familiâ*, Tertius, même aux yeux du Préteur, est dans une famille différente; quant à son grand-père, il est mort *vivente adhùc Secundo*, et alors Secundus paraît devoir faire obstacle à la vocation de Tertius (2). Ici encore on arriverait à un résultat inique : *et contrà patris et contrà avi tabulas ex decreto hunc admitti, minimè dubitari debet, ne alioquin ab omnium bonis excluderetur* (3). — Du reste, des cas de ce genre s'étant souvent présentés, il se forma bientôt une doctrine d'après laquelle la *bonorum possessio* put être obtenue *de plano*, comme l'*edictalis* proprement dite; et par là s'explique qu'en effet certains jurisconsultes romains, dans les cas dont il s'agit, ne fassent aucune mention d'un *decretum Prætoris* (4). C'est ce que remarque très-justement M. de Vangerow (5).

— En somme, quel intérêt pratique y a-t-il à distinguer la *bono-*

(1) L. 14 § 1 (1er alinéa), D., *De bon. poss. contrà tab.*

(2) Voy. Pothier, *Pand. Just.*, Tit. *De bonor. poss. contrà tab.*, no XXIII.

(3) Africain, même L. 14 § 1, *in fine*.

(4) Ulpien, L. 3 § 9 et L. 17, D., *De bonor. poss. contrà tab.*; Paul, L. 6 § 1 *eod. Tit.*

(5) *Lehrbuch*, t. II, § 400.

rum possessio edictalis et la *bonorum possessio decretalis ?* Il existe un certain nombre de différences entre les deux cas :

1° Quand le Préteur accorde la *bonorum possessio edictalis*, il fait acte de juridiction gracieuse, tandis qu'accorder la *bonorum possessio decretalis*, c'est faire acte de juridiction contentieuse. En conséquence, comme le dit Ulpien, *si causâ cognitâ bonorum possessio detur, non alibi dabitur quàm pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi neque causâ cognitâ bonorum possessio alibi quàm pro tribunali dari potest* (1). De là résulte naturellement que pour demander la *bonorum possessio decretalis* le délai est plus long que pour demander la *bonorum possessio edictalis* : *Dies bonorum possessionis*, dit encore Ulpien, *utiles esse palàm est; sed non sessionum numerabuntur, si modò ea sit bonorum possessio quæ de plano peti potuit. Quid si ea quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderat vel quæ decretum exposcit ? Sessiones erunt nobis computandæ, quibus sedit is, quibusque per ipsum Prætorem factum non est quominùs daret bonorum possessionem* (2).

2° La *bonorum possessio edictalis* est déférée à un certain moment, et elle n'est acquise qu'un peu plus tard; au contraire, la *bonorum possessio decretalis* est acquise au même instant où elle est déférée. D'où résulte qu'en matière de *bonorum possessio decretalis* il ne peut y avoir, à proprement parler, répudiation. *Decretalis bonorum possessio an repudiari possit, videamus. Et quidem diebus finiri potest; sed repudiari eam non posse verius est, quia nondùm delata est, nisi cùm fuerit decreta. Rursùm, posteaquàm decreta est, sera repudiatio est, quia quod adquisitum est repudiari non potest* (3).

3° Celui qui possède des biens comme faisant partie d'une succession, quand il a obtenu du Préteur une *bonorum possessio edictalis* qui lui était déférée, celui-là possède *ex justâ causâ* : on dit qu'il possède *pro possessore* (4). Au contraire, celui qui a obtenu un décret du Préteur peut, suivant les cas, être simplement *in possessione*.

(1) L. 3 § 8, D., *De bonor. poss.* (37, 1). Comp. t. I, p. 189.

(2) L. 2 § 1, D., *Quis ordo in possess.* (38, 15). Nous aurons à revenir sur le délai dans lequel la *bonorum possessio* doit être demandée: Inst., § 8 *De bonor. possess.*

(3) Ulpien, L. 1 § 7, D., *De success. Ed.* (38, 9).

(4) Voy. le Titre du Digeste, *Pro herede vel pro possessore* (41, 5). Comp. t. I, p. 555 et 556.

4° Celui qui a obtenu une *bonorum possessio edictalis* est toujours recevable à intenter l'interdit *quorum bonorum*. Au contraire, il est possible que celui qui a obtenu une *bonorum possessio decretalis* ait seulement à sa disposition un interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (1).

4° *De la* bonorum possessio CUM RE *et de la* bonorum possessio SINE RE.

Nous le savons déjà, on dit que la *bonorum possessio* est donnée *cum re* lorsque celui qui l'obtient se trouve assuré de n'avoir pas à restituer les biens à un héritier du droit civil (2); au contraire, on dit qu'elle est donnée *sine re* lorsque le *bonorum possessor* se trouve exposé à être évincé par un héritier du droit civil. *Bonorum possessio*, dit Ulpien, *aut cum re datur aut sine re : CUM RE, si is qui accepit, cum effectu bona retineat; SINE RE, cùm alius jure civili evincere hereditatem possit : veluti, si sit suus heres, intestati bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit* (3). Ulpien suppose que l'*heres suus* se contente d'être appelé par le droit civil et ne demande pas la *bonorum possessio* qu'il pourrait obtenir : celui qui viendrait à son défaut, c'est-à-dire le *proximus agnatus*, demande et obtient la *bonorum possessio undè legitimi;* mais ce n'est qu'une *bonorum possessio sine re*, parce que cet agnat ne peut pas prendre les biens ou les garder à l'encontre de l'*heres suus* (4).

Peut-on déterminer d'une manière générale les cas dans lesquels la *bonorum possessio* est donnée *cum re*, ceux dans lesquels elle est donnée *sine re?* Voici deux cas où incontestablement elle a toujours été donnée *cum re :*

1° La personne qui obtient la *bonorum possessio* est en même temps appelée à l'hérédité par le droit civil ; comme *bonorum possessor*, elle a *jure prætorio* exactement autant que comme *heres jure civili*.

(1) Voy., au Digeste, Liv. XLIII, Tit. IV.

(2) Voy. t. I, p. 688.

(3) *Fragm.*, XXVIII, § 13.

(4) Gaius, III, §§ 35 à 38. Voy. aussi Comment. II, § 148.

2° Le Préteur donne la *bonorum possessio* dans un cas où personne ne se trouve appelé à l'hérédité *jure civili*. Par exemple, le *de cujus* est mort intestat ne laissant aucun héritier sien ni aucun agnat : le Préteur donne la *bonorum possessio undè cognati* ou, à défaut de cognats, la *bonorum possessio undè vir et uxor*.

Que décider en dehors de ces deux cas ? La règle générale est que la *bonorum possessio* est donnée *sine re*. Cela est conforme à la nature des choses, à l'origine et au développement historique de l'institution dont il s'agit. De plus, nous voyons que, là où la *bonorum possessio* est donnée *cum re*, c'est toujours uniquement en vertu d'une disposition spéciale qui est venue faire sortir du droit commun tel ou tel cas particulièrement favorable. J'invoquerai ici plusieurs textes relatifs à la *bonorum possessio secundùm tabulas* (1).

Supposons d'abord un testament qui est *non jure factum*, soit parce qu'il est l'œuvre d'une femme non autorisée de son tuteur, soit parce qu'il n'y a pas eu la solennité de la *venditio familiæ* ou de la *nuncupatio*. Ce testament est inutile en droit civil. *Prætor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur ; et, si nemo sit ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas..., ità poterunt scripti heredes retinere hereditatem* (2). Voilà bien l'application de notre règle : le Préteur donne la *bonorum possessio* à ceux qui sont institués dans un testament valable en droit prétorien, quoique nul en droit civil; mais ces institués ne garderont la succession qu'autant qu'il n'existe personne pouvant y prétendre *jure legitimo*. — Du reste, nous trouvons ici une première modification apportée à la règle. *Rescripto imperatoris Antonini significatur eos qui secundùm tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse, adversùs eos qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali* (3).

(1) En réalité, pour ce qui est de cette *bonorum possessio secundùm tabulas*, quand elle est donnée en vertu d'un testament *injustum, ruptum* ou *irritum*, je ne fais qu'emprunter à Gaius (Comment. II, § 149) la règle générale que je viens de poser : *Si nemo sit alius jure civili heres*, dit Gaius, *ipsi* (*bonorum possessores*) *retinere hereditatem possunt*.

(2) Gaius, III, §§ 118 et 119.

(3) Gaius, II, §§ 120 à 122.

Nous avons bien là un cas dans lequel la *bonorum possessio secundùm tabulas*, autrefois donnée *sine re*, se trouve maintenant, par l'effet d'une Constitution spéciale, être donnée *cum re*, en ce sens que le *bonorum possessor* paralysera au moyen de l'exception de dol l'action de l'*heres legitimus*.

Maintenant supposons qu'un testament, *septem signis testium signatum*, se trouve *jure civili ruptum vel irritum factum* : le Préteur donne aux institués la *bonorum possessio secundùm tabulas*, pourvu que le testateur fût citoyen romain et *sui juris* au moment de sa mort. Les institués ont-ils cette *bonorum possessio cum re*, *id est cum effectu ?* Oui, dit Ulpien, *si nemo alius jure heres sit* (1). — Du reste, ici encore la règle générale fut modifiée par une disposition particulière : *Postumus præteritus*, dit le même Ulpien, *vivo testatore natus decessit : licet juris scrupulositate nimiâque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundùm tabulas accipere heres scriptus potest*, REMQUE OBTINEBIT, *et D. Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcirco legatarii et fideicommissarii habebunt ea quæ sibi relicta sunt, securi. Idem et circà injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit* (2). Cette dernière phrase prouve bien clairement qu'en général, quand un testament est *injustum* ou *irritum*, c'est seulement une *bonorum possessio sine re* que l'institué peut obtenir.

Papinien suppose que le testateur, ayant plusieurs enfants sous sa puissance, a omis l'un d'eux et a institué les autres. Le testament est *injustum* : les legs qu'il contient ne sont pas dus. Mais, si l'enfant omis s'abstient de l'hérédité paternelle, les autres enfants viendront comme institués et non *ab intestat*, ils devront acquitter les legs : *licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et æquo tuebitur* (3). Si le testament, quoiqu'*injustum*, a ici tout son effet, c'est que les héritiers institués sont précisément les mêmes qui sont appelés *ab intestat*, et

(1) *Fragments*, XXIII, § 6.
(2) L. 12 pr., D., *De injusto rupto* (28, 3).
(3) L. 17, D., *De injusto rupto*.

qu'il y a lieu d'appliquer l'Edit *si quis, omissâ causâ testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* (1).

Lorsqu'un testateur a institué un *postumus alienus, jure civili* l'institution est nulle; mais, si le testament est en forme prétorienne, la *bonorum possessio secundùm tabulas* pourra être donnée. J'ai déjà eu occasion de le dire (2), et cela est d'accord avec notre règle générale, il ne s'agit que d'une *bonorum possessio sine re*, — à moins, bien entendu, que personne ne soit appelé à l'hérédité *jure civili*. J'ai quelquefois entendu opposer un texte d'Ulpien (3), qui, à mon sens, est tout à fait en dehors de la question. Ulpien décide qu'un *postumus* cognat du testateur peut attaquer comme inofficieux le testament dans lequel il est omis (4). « Le testateur, dit Ulpien, aurait dû l'instituer; et alors, une fois né, ce *postumus* aurait eu la *bonorum possessio secundùm tabulas.* » De ce que le *postumus* cognat, omis dans le testament, a la *querela inofficiosi testamenti*, il n'est nullement permis de conclure que le *postumus alienus* en général, quand il est institué, a la *bonorum possessio cum re*. En effet, remarquez d'abord que, pour succéder *ab intestat*, même en droit civil, il suffit d'être conçu à la mort du *de cujus*. Remarquez, de plus, que, dans l'espèce prévue par Ulpien, si le *postumus* cognat eût été institué, sans doute la *bonorum possessio secundùm tabulas* lui aurait été donnée *cum re*; mais pourquoi? Parce que, à défaut de *suus* et d'agnat, lui-même était appelé *ab intestat*, et qu'ainsi il ne se trouvait personne pour lui disputer la succession.

— D'après notre règle générale, la *bonorum possessio contrà tabulas* ou *undè liberi*, donnée à un enfant émancipé, devrait le plus souvent lui être donnée *sine re*. Mais je crois que de très-bonne heure le cas dont il s'agit a été soustrait à l'application de la règle générale : le Préteur a voulu très-réellement corriger ici le droit

(1) Digeste, Liv. XXIX, Tit. IV.

(2) T. I, p. 764.

(3) L. 6 pr., D., *De inoffic. test.* (5, 2).

(4) Quel peut être ce *postumus* cognat qui a droit à la *querela?* Supposez, par exemple, que Titius a donné son fils en adoption; la femme de celui-ci devient enceinte; pendant sa grossesse, elle perd son mari et son beau-père. L'enfant dont elle est enceinte est un *postumus* cognat par rapport à Titius.

civil et tenir pour non avenue la *minima capitis deminutio* encourue par l'émancipé. Cela paraît bien résulter des textes. Ainsi, nous savons que, si un testateur a omis une *filia* ou une *neptis sua*, elle peut *jure civili* enlever la moitié de la succession aux *extranei heredes*, tandis que *jure prætorio*, au moyen de la *bonorum possessio contrà tabulas*, elle les exclut complétement, de sorte qu'elle est traitée aussi bien qu'un *filius;* Antonin le Pieux décida que par la *bonorum possessio* cette *filia* ou *neptis* obtiendrait ce qu'elle pourrait obtenir *jure accrescendi*. Gaius ajoute que la même règle s'applique *in emancipatis feminis* (1); aurait-on songé à soumettre les *emancipatæ* au rescrit d'Antonin si la *bonorum possessio contrà tabulas* ne leur avait été donnée que *sine re?* — Je puis invoquer encore le passage où Gaius dit, en termes absolus, que le Préteur appelle à la succession tous les *liberi qui legitimo jure deficiuntur*, comme s'ils étaient restés en puissance, et sans distinguer s'ils sont seuls ou si au contraire il existe aussi des *sui heredes* (2). — Enfin Julien ne se serait certainement pas exprimé dans les termes suivants, si la *bonorum possessio* était donnée *sine re* à l'enfant émancipé : *Cùm emancipatus bonorum possessionem contrà tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et prædia et servos hereditarios præstare : omne enim jus transferri æquum est quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem Prætor heredis loco constituit* (3).

Je regarde également comme certain que la *bonorum possessio dimidiæ partis*, donnée au patron par le droit prétorien et à la patronne par la loi Papia, leur était donnée *cum re*.

Observation générale sur la demande en matière de bonorum possessio.

Celui qui voulait obtenir telle ou telle *bonorum possessio* devait la demander au Préteur en certains termes consacrés. *Olim quidem*, dit Théophile, *in petitione consistebant bonorum possessiones*,

(1) Comment. II, § 126.
(2) Comment. III, § 26.
(3) L. 13 pr., D., *De honor. poss. contrà tab.*

et necesse erat ad Prætorem abire, ac specialiter dicere : DA MIHI ILLAM BONORUM POSSESSIONEM (1).

La demande dont il s'agit devait être faite dans un certain délai. « Comme le Préteur avait établi différents ordres de succes« sion, qu'il appelait chacun à son rang, et comme dans chaque « ordre se trouvent souvent plusieurs personnes à des degrés iné« gaux, pour que l'exercice des actions appartenant aux créan« ciers ne fût pas retardé, pour que les créanciers sussent à qui « s'adresser, ne se fissent pas facilement envoyer en possession « des biens du défunt et pussent ainsi pourvoir à leur intérêt, le « Préteur avait fixé un délai pour la demande de la *bonorum pos« sessio :* il avait donné aux descendants et aux ascendants, soit « naturels, soit adoptifs, le délai d'un an, et à tous les autres le « délai de cent jours » (2).

Justinien indique bien le délai qu'avait fixé le Préteur ; mais il n'indique pas le point de départ de ce délai. Nous savons que le délai part seulement du jour où il a été possible de demander la *bonorum possessio :* les différents successeurs ont un an ou cent jours *ex quo petere potuerunt* (3). — Toujours dans le même ordre d'idées, le délai ayant une fois commencé à courir, on ne compte que les jours où il a été possible de demander la *bonorum possessio :* comme le dit Justinien, *in petendâ bonorum possessione dies utiles singuli considerantur* (4). Le jurisconsulte Ulpien développait déjà cette décision (5). Dans d'autres matières, par exemple quand il s'agit de l'usucapion, on compte les *dies continui*, c'est-à-dire tous les jours du calendrier sans distinction.

Une personne qui avait le droit de demander une *bonorum possessio* a laissé passer le délai sans la demander ; ou bien, avant l'expiration du délai, elle y a expressément renoncé ; ou bien, enfin, elle est morte sans l'avoir demandée. Que va-t-il en résulter ? Suivant les cas, il peut y avoir accroissement ou dévolution.

(1) Traduction latine de Reitz. Comp. Inst., § 10 *De bonor. possess.*

(2) Inst., § 8 *De bonor. possess.*

(3) *Fragm. d'Ulpien,* XXVIII, § 10.

(4) Inst., § 9 *in fine De bonor. poss.*

(5) L. 2 pr., D., *Quis ordo* (38, 15). J'ai eu précédemment occasion de citer le § 1 de cette L. 2 (ci-dessus, p. 100).

Si intrà hoc tempus, dit Justinien, *aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradûs personis adcrescit; vel, si nemo sit, deinceps cæteris perindè bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur* (1). — Nous savons déjà que la dévolution de degré à degré n'est pas toujours admise. Ainsi, la succession étant déférée *ab intestat* au *proximus agnatus*, s'il n'arrive pas à la *bonorum possessio undè legitimi*, il y aura dévolution, non pas aux agnats du degré subséquent, mais à l'ordre des cognats (2). En conséquence, une personne peut quelquefois *succedere sibi* : le *proximus agnatus*, n'ayant pas comme tel demandé la *bonorum possessio undè legitimi* dans le délai de cent jours, va peut-être demander la *bonorum possessio undè cognati* et arriver à la succession, s'il n'existe aucun cognat plus proche en degré.

— D'après une Constitution de l'empereur Constance, celui à qui est déférée la *bonorum possessio* n'a plus besoin de la demander en termes solennels : il suffit qu'il manifeste sa volonté, d'une manière quelconque, par-devant un magistrat, même par-devant un magistrat municipal. *Ut verborum inanium excludimus captiones*, dit l'Empereur, *ità hoc observari decernimus ut apud quemlibet judicem, vel etiam apud Duumviros, qualiscumque testatio amplectendæ hereditatis ostendatur, statutis priscò jure temporibus coarctanda; eo addito ut, etiamsi intrà alienam vicem, id est prioris gradûs, properantibus exseratur, nihilominùs tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur* (3).

II. Droit de Justinien.

Le innovations de Justinien en matière de *bonorum possessiones* consistent : 1° dans la suppression des anciennes *bonorum possessiones* qui s'appliquaient exclusivement au cas où le *de cujus* était

(1) Inst., § 9 *De bonor. possess.*
(2) Voy., ci-dessus, p. 28, 31 et 32.
(3) L. 8, C., *Qui admitti ad bonor. poss.* (6, 9).

un affranchi, et de même au cas où il avait été émancipé *non contractâ fiduciâ ;*

2° Dans la suppression de la distinction entre la *bonorum possessio* donnée *cum re* et la *bonorum possessio* donnée *sine re* ;

3° En ce que la dévolution de degré à degré est toujours admise.

I. La *bonorum possessio undè decem personæ*, supposant un *de cujus* qui avait été émancipé sans fiducie, permettait à dix cognats de passer avant le *manumissor extraneus* (1). Nous savons déjà que, dans le droit de Justinien, l'émancipation est toujours considérée comme ayant eu lieu *contractâ fiduciâ* (2). Il en résulte naturellement qu'il ne peut plus être question de la *bonorum possessio undè decem personæ*, puisqu'il n'y a plus de *manumissor extraneus*. C'est, en effet, ce que dit Justinien : *Nostra Constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contractâ fiduciâ manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium et supervacua fiat supradicta bonorum possessio : sublatâ igitur præfatâ quintâ bonorum possessione, in gradum ejùs sextam anteà bonorum possessionem induximus, et quintam fecimus quam Prætor proximis cognatis pollicetur* (3).

Justinien supprime également la *bonorum possessio tùm quem ex familiâ*, que pouvaient demander les agnats du patron du *de cujus*, ainsi que la *bonorum possessio undè patronus et patrona liberique eorum, et parentes*, qui était accordée au patron ou à l'ascendant émancipateur du patron du *de cujus* (4). *Utramque*, dit Justinien, parlant de ces deux *bonorum possessiones*, *utramque per Constitutionem nostram, quam de jure patronatûs fecimus, penitùs vacuavimus* (5). Justinien, voulant régler la succession des affranchis sur le modèle de la succession des ingénus, applique à la première, avec la *bonorum possessio contrà tabulas*, la *bonorum posses-*

(1) Voy., ci-dessus, p. 90.

(2) Inst., § 8 *De legit. agnat. success.* (III, 2). Ci-dessus, p. 33.

(3) Inst., § 4 *in fine De bonor. possess.* La Constitution à laquelle renvoie le passage cité forme la L. 6, C., *De emancipat.* (8, 49).

(4) Voy., ci-dessus, p. 91.

(5) Inst., § 5 *De bonor. possess.* Il s'agit toujours de la Constitution grecque dont le texte ne nous est point parvenu : comp., ci-dessus, p. 72 et 73.

sio undè legitimi et la *bonorum possessio undè cognati*. Toutefois, *ut sit aliqua inter ingenuos et libertinos differentia*, les collatéraux du patron, lorsque celui-ci est prédécédé, doivent être parents du patron *usquè ad quintum tantummodò gradum* pour pouvoir parvenir à la succession de l'affranchi (1). — Il va de soi, d'après cela, que l'ancienne *bonorum possessio undè cognati manumissoris* est également supprimée (2).

En somme, au lieu de dix *bonorum possessiones ordinariæ* qui existaient dans l'ancien droit, il n'y en a plus que six dans le droit de Justinien, savoir :

La *bonorum possessio* CONTRA TABULAS,

La *bonorum possessio* SECUNDUM TABULAS,

La *bonorum possessio* UNDÈ LIBERI,

La *bonorum possessio* UNDÈ LEGITIMI,

La *bonorum possessio* UNDÈ COGNATI,

La *bonorum possessio* UNDÈ VIR ET UXOR (3).

Du reste, Justinien conserve, *quasi ultimum et extraordinarium auxilium*, la *bonorum possessio uti ex legibus* (4).

II. On peut poser en principe que, dans le droit de Justinien, toute personne qui a la *bonorum possessio* l'a *cum re*. Voici une observation qui prouve bien qu'il en est ainsi : Gaius expose que la personne instituée par un testament qui est *injustum*, *ruptum* ou *irritum*, mais *septem testium signis signatum*, peut obtenir la *bonorum possessio secundùm tabulas* (Comment. II, § 147) ; cette décision est reproduite littéralement dans les Institutes, du moins en ce qui concerne le testament *irritum* (5). Mais Gaius ajoutait que cette *bonorum possessio secundùm tabulas* n'est donnée *cum re* qu'autant que *nemo sit alius jure civili heres* (§§ 148 et 149) ; et cette restriction si importante n'a nullement été reproduite dans les Institutes de Justinien.

Ainsi, à l'époque de Justinien, les juges doivent encore appli-

(1) Même § 5. Voy., pour plus de détails, le § 3 *De success. libert.* (III, 7), et ci-dessus, p. 73.

(2) Justinien le dit en termes formels : Inst., § 6 *De bonor. possess.*

(3) Comme le dit Justinien lui-même (§ 6 *in fine De bonor. possess.*), *sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permanent suo vigore pollentes*.

(4) Inst., § 7 *De bonor. possess.*

(5) § 6 *Quib. mod. testam. infirm.* (II, 17).

quer les règles de l'ancien droit civil, mais sauf à tenir compte de toutes les modifications que les Préteurs y avaient apportées (en supposant, bien entendu, que la question qui s'élève ne soit pas décidée par une Constitution impériale, cas auquel il n'y aurait à s'inquiéter ni de l'ancien droit civil ni du droit prétorien). Tel est précisément le sens de cette phrase de Justinien : *Cœpit in unam consonantiam jus prætorium et civile jungi* (1).

III. Comme nous l'avons vu, dans l'ancien droit la dévolution de degré en degré n'était admise d'une manière générale que pour la *bonorum possessio undè cognati;* dans le droit de Justinien, elle est admise pour tous les cas (2).

Quelques interprètes pensent que, dans le droit de Justinien, la *bonorum possessio edictalis* n'a plus besoin d'être demandée en justice, et qu'il suffit de manifester d'une manière quelconque, même extrajudiciairement, sa volonté de l'obtenir. Ils invoquent ce passage des Institutes : *Benè anteriores Principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petendâ bonorum possessione curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium, intrà statuta tamen tempora, ostenderit, plenum habeat earum beneficium* (3). Ce texte ne signifie point que, pour avoir la *bonorum possessio,* il soit inutile de s'adresser au magistrat; il signifie simplement qu'il n'y a plus besoin d'employer une formule solennelle, qu'on peut s'adresser au magistrat d'une manière quelconque. La preuve, c'est que la Constitution de Constance, précédemment citée (4), est reproduite par les commissaires de Justinien dans le *Codex repetitæ prælectionis.* Il est même très-probable que le texte des Institutes se réfère précisément à cette Constitution.

(1) Inst., § 3 *De testam. ordin.* (II, 10).
(2) Voy., ci-dessus, p. 31 et 32.
(3) § 10 *De bonorum possess.*
(4) Ci-dessus, p. 107.

SEPTIÈME PARTIE. — SUCCESSION *AB INTESTAT* D'APRÈS LES NOVELLES DE JUSTINIEN.

Justinien, par la Novelle 118, rendue en 543, a véritablement établi un nouveau système de succession *ab intestat*. En effet, il a supprimé, ce qui jouait un si grand rôle dans l'ancien droit et même dans le droit des Institutes et du Code, la distinction entre les agnats et les cognats. Cela est indiqué dans la rubrique même de la Novelle : *Constitutio quæ jura agnatorum tollit et successiones ab intestato definit*.

La Novelle 118 se compose d'une *préface* et de six chapitres. Dans la *préface*, Justinien signale comme injuste la différence établie entre les parents *ex masculis* et les parents *ex feminis*. Puis il indique, d'une manière générale, qu'il existe trois ordres de successeurs *ab intestat*, savoir : les descendants, les ascendants et les collatéraux. En réalité, comme nous allons le reconnaître, il existe, non pas trois ordres, mais quatre, savoir :

1° Les descendants ;

2° Les ascendants, les frères ou sœurs germains et leurs enfants ;

3° Les frères ou sœurs *ex uno latere* et leurs enfants ;

4° Les autres collatéraux.

Nous allons étudier séparément les décisions contenues dans les différents chapitres de la Novelle 118, en nous arrêtant sur les questions principales auxquelles peut donner lieu chacune de ces décisions.

CHAPITRE I. — Lorsqu'une personne meurt *intestata*, sa succession est déférée à tout descendant légitime que peut laisser cette personne, préférablement aux ascendants et aux collatéraux. Peu importe le degré de ce descendant; peu importe qu'il soit *ex masculorum genere sive ex feminarum descendens ;* peu importe qu'il soit *sui juris* ou *sub potestate*. Il n'y a pas non plus à distinguer si le *de cujus* était *sui juris* ou *filiusfamiliâs :* s'il était *filiusfamiliâs*, ses descendants lui succèdent préférablement à l'ascendant investi de la puissance paternelle; seulement, cet ascendant pourra garder

l'usufruit des biens formant le pécule adventice, conformément aux Constitutions impériales précédemment rendues. — Enfin il est à remarquer que dans ce premier ordre de successeurs la représentation est toujours admise : le petit-enfant monte au premier degré, quand il est devenu vacant par le prédécès de son père ou de sa mère : la succession se distribue toujours *in stirpes*.

Supposons que le *de cujus* n'a jamais eu qu'un enfant, et qu'il laisse en mourant des petits-enfants issus de cet enfant qui est prédécédé : on se demande si, même dans cette hypothèse, les petits-enfants viennent par représentation. La question présente de l'intérêt lorsque le *de cujus* laisse une veuve pauvre. En effet. supposons six petits-enfants : s'ils viennent par représentation, la veuve pauvre a droit de concourir pour un quart; si, au contraire, ils viennent de leur chef, la veuve pauvre a droit de concourir seulement pour un septième (1). En m'attachant aux expressions de la Novelle, je crois que, même dans ce cas, les petits-enfants doivent être considérés comme n'ayant que le droit qu'aurait leur père ou leur mère : car, si avec les petits-enfants il y avait un enfant, les expressions de la Novelle, εἰς τὸν τοῦ ἰδίου γονέως τόπον υπεισιέναι, mèneraient forcément à ce résultat; or, il serait absurde que, quand il y a un enfant et six petits-enfants, la veuve pauvre eût plus que quand il y a seulement six petits-enfants nés d'un enfant prédécédé (2).

CHAPITRE II. — A défaut de descendants du *de cujus*, la succession est déférée aux ascendants : ceux-ci excluent tous les collatéraux, sauf les frères ou sœurs germains. — Lorsqu'il y a plusieurs ascendants, les plus proches en degré excluent les plus éloignés, sans distinguer entre les ascendants paternels et les ascendants maternels. Plusieurs ascendants du même degré étant appelés à la succession, elle se divise entre eux de manière qu'il y ait toujours moitié pour la ligne paternelle et moitié pour la ligne maternelle. — Nous avons supposé que le *de cujus* a laissé seulement des

(1) Voy. notre t. I, p. 707.

(2) Conformément à l'esprit de la Novelle 18, chap. 1er, je suis disposé à procéder autrement quand il s'agit de fixer le chiffre de la légitime des petits-enfants. Comp. t. I, p. 706. La Novelle 118 est étrangère à la question de légitime.

ascendants; maintenant supposons qu'avec les ascendants il y a des frères ou sœurs germains, *ex utrisque parentibus conjuncti defuncto*. Ces frères ou sœurs concourent avec les ascendants, même avec les père et mère; et l'hérédité est distribuée *secundùm personarum numerum*, de telle sorte que les différents successibles obtiennent chacun la même part. Ici le père ne peut réclamer aucun droit d'usufruit sur les parts déférées à ses enfants, c'est-à-dire aux frères et sœurs du *de cujus*.

CHAPITRE III. — Le *de cujus* n'a laissé ni descendants ni ascendants : la succession appartient aux frères et sœurs germains, à l'exclusion de tous autres collatéraux. En l'absence de frères ou sœurs germains, elle appartient aux frères où sœurs *qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto*, c'est-à-dire consanguins ou utérins. — Si le *de cujus* laisse à la fois des frères ou sœurs et des neveux ou nièces issus d'un frère ou d'une sœur prédécédé, ces neveux ou nièces seront appelés à recueillir la même part qu'aurait eue leur père ou leur mère. En conséquence, si le frère ou la sœur prédécédé était germain par rapport au *de cujus*, tandis que les frères ou sœurs survivants sont consanguins ou utérins, les enfants du germain prédécédé excluront leurs oncles ou tantes. Ce sont seulement les enfants du germain prédécédé, non ses petits-enfants, qui jouissent du privilége dont il s'agit. Et même les enfants du germain n'en jouissent qu'à l'encontre de frères ou sœurs du défunt : si avec les frères ou sœurs il y avait quelque ascendant, les neveux ou nièces ne pourraient aucunement succéder. — Il va de soi que les neveux ou nièces excluent les oncles ou tantes du défunt, bien que les uns et les autres soient au troisième degré. — Quand il n'y a ni frères ou sœurs ni neveux ou nièces, les autres collatéraux sont appelés à succéder, toujours d'après la proximité du degré et *in capita*.

Dans le système qui vient d'être exposé, il faut reconnaître qu'il y a véritablement cinq ordres de successeurs, savoir : 1° les descendants; 2° les ascendants, les frères ou sœurs germains; 3° les frères ou sœurs germains et leurs enfants; 4° les frères ou sœurs consanguins ou utérins et leurs enfants; 5° les autres collatéraux. Mais ce système a été modifié, en un point important, par la Novelle 127, qui date de l'an 547. Dans cette Novelle (préface et

chapitre 1er), Justinien, après avoir annoncé qu'il lui paraît utile de corriger une précédente Constitution, décide que, si le *de cujus* a laissé un ou plusieurs ascendants, des frères ou sœurs germains, et des neveux ou nièces issus d'un frère germain ou d'une sœur germaine qui est prédécédé, ces neveux ou nièces concourront avec les ascendants et les frères ou sœurs, et représenteront leur père ou leur mère.

J'examinerai maintenant quelques-unes des questions auxquelles donnent lieu la Novelle 118, chap. 3, et la Novelle 127 :

On se demande d'abord si les neveux ou nièces, issus de frères ou sœurs germains prédécédés, viennent en concours avec les ascendants, lorsqu'il ne reste point de frères ou sœurs germains ayant survécu au *de cujus*. Rigoureusement, il faut dire : « La Novelle 127 prévoit exclusivement le cas où le *de cujus* laisse des ascendants, des frères ou sœurs germains, des enfants de frères ou sœurs germains prédécédés ; elle ne prévoit pas le cas où il laisse seulement des ascendants et des enfants de frères ou sœurs germains prédécédés : donc ce dernier cas est resté sous l'empire de la Novelle 118 : donc les enfants de frères et sœurs germains prédécédés doivent être exclus par les ascendants. » Si cette décision est conforme au texte, elle est certainement contraire à l'esprit de la Novelle 127 : aussi voyons-nous qu'en Allemagne la pratique l'a toujours repoussée (1).

Le *de cujus* ne laissant ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs germains, mais laissant seulement des neveux ou nièces, issus de frères ou sœurs germains prédécédés, ces neveux ou nièces succèdent-ils *in capita* ou *in stirpes ?* La question était déjà discutée entre les glossateurs. Suivant Azo, ils doivent venir *in capita*, attendu que c'était la règle avant la Novelle 118 et qu'aucune disposition de cette Novelle ne contient un changement sur le point dont il s'agit. Au contraire, suivant Accurse, les neveux ou nièces doivent venir *in stirpes*, parce qu'il est conforme à l'esprit du législateur de distribuer la succession comme si les frères ou sœurs avaient eux-mêmes survécu au *de cujus* : les enfants de

(1) Voy. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 416.

chacun sont, pour ainsi dire, substitués vulgairement par la loi à leur père ou à leur mère. Cette dernière opinion a prévalu.

CHAPITRE IV. — Dans les différents ordres de succession, il n'y a jamais de distinction à faire suivant le sexe de la personne : les femmes, au point de vue de la successibilité, sont traitées exactement comme les hommes. Il n'y a pas à distinguer non plus suivant que la parenté avec le défunt existait *per masculinam* o *per femininam personam* : pour parler en termes plus généraux toute différence est supprimée entre les agnats et les cognats.

CHAPITRE V. — Les cognats, étant appelés comme les agnats à la succession, sont également appelés comme les agnats à la tutelle. Seulement, pour être appelé à la tutelle, il faut être du sexe masculin et avoir un certain âge : la tutelle est interdite aux femmes, à moins qu'il ne s'agisse de la mère ou de la grand'mère. La mère ou la grand'mère peut être tutrice *secundùm hereditatis ordinem*, à condition qu'elle renonce, *apud acta*, *et nuptiis aliis et auxilio Velleiani Senatusconsulti* (1). A cette condition, la mère ou la grand'mère est préférée, pour la tutelle, à tous collatéraux; mais, bien entendu, la mère ou la grand'mère n'est appelée qu'à défaut de tuteur testamentaire.

CHAPITRE VI. — Pour pouvoir succéder conformément à la présente Novelle, il faut être catholique. En ce qui concerne les hérétiques, dit Justinien, les lois que nous avons précédemment rendues conservent toute leur force. Cela se réfère particulièrement à la Novelle 115, chap. III, § 14. Nous y voyons que, par cela seul que des personnes sont hérétiques, leurs ascendants catholiques ont juste motif de les exhéréder; nous y voyons aussi que, lorsqu'une personne en mourant laisse plusieurs enfants, les uns catholiques et les autres hérétiques, toute sa fortune doit passer exclusivement aux premiers.

Il reste à examiner plusieurs questions générales qui se rattachent au système successoral établi par les Novelles.

La dévolution de degré à degré que nous avons vue admise dans

(1) Je parlerai du Sénatusconsulte Velléien, soit à propos des fidéjusseurs soit à propos des exceptions.



les Institutes existe-t-elle encore sous l'empire de la Novelle 118? Par exemple, lorsque le *de cujus* laisse un enfant, si celui-ci ne vient pas à la succession, ses propres enfants y seront-ils appelés à son défaut? Il faut admettre, et l'on admet communément l'affirmative. En effet, cette *successio graduum*, quoique n'étant pas mentionnée dans la Novelle, est certainement conforme à l'esprit du droit nouveau. On peut même aller plus loin et dire qu'elle est d'accord avec le texte de la Novelle 118, puisqu'il est dit, dès le début du chapitre Ier, que, si le défunt laisse un descendant, de quelque degré que ce soit, il doit passer avant tous ascendants ou collatéraux. Cependant Puchta n'admet la dévolution de degré à degré que dans le second ordre (au profit des ascendants) et dans le quatrième. Suivant lui, quand l'enfant ne recueille pas la succession à laquelle il était appelé, il peut seulement y avoir transmission de son droit à ses propres enfants, il n'y a jamais dévolution : on comprend que les petits-enfants du *de cujus* n'auraient ainsi qu'une ressource bien insuffisante : notamment au cas de renonciation de leur père ou de leur mère, la succession leur échapperait toujours (1).

Une autre question très-controversée est celle de savoir si la dévolution de degré à degré est empêchée par le droit d'accroissement ou si au contraire elle prévaut sur lui. Ainsi, un homme meurt laissant deux enfants : si Primus, l'un d'eux, fait défaut, y aura-t-il accroissement au profit de Secundus, ou dévolution aux enfants de Primus? De même, le *de cujus* laisse son père, un grand-père et un frère : le père faisant défaut, y aura-t-il accroissement au profit du frère ou dévolution au grand-père? De même enfin, le *de cujus* laisse un frère et un neveu issu d'un frère prédécédé : si le frère survivant renonce, sa part va-t-elle à son neveu ou va-t-elle à ses propres enfants? Autrefois il était généralement admis, et, je crois, avec raison, que, dans les cas dont il s'agit, il y a lieu au droit d'accroissement et non à la dévolution. Dans l'opinion contraire, on invoque surtout un texte d'Ulpien, la L. 2 § 18, D., *Ad Senatusc. Tertull.* (38, 17). Ulpien suppose que le *de cujus* laisse une sœur *consanguinea*, sa mère, enfin son

(1) Voy. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 420.

père qui a été donné en adoption ou émancipé : si la sœur accepte, elle partage la succession avec la mère, en vertu du Sénatusconsulte Tertullien ; si la sœur répudie, le père viendra à la succession avec la mère. Voilà un cas, dit-on, où la *successio graduum* était admise dans l'ancien droit, et cette *successio* l'emportait sur le droit d'accroissement. En réalité, la décision d'Ulpien, loin d'être en contradiction avec notre doctrine, nous fournit un argument *a contrario :* en effet, dans l'espèce, la succession n'est pas déférée tout d'abord à la sœur et à la mère ; elle ne peut être déférée à la mère en vertu du Sénatusconsulte qu'après que la sœur a fait adition, ou, en d'autres termes, le Sénatusconsulte n'appelant pas la mère *in solidum*, il ne saurait être question pour elle d'un droit d'accroissement. — Le § 9, Inst., *De bonor. possess.*, fournit encore en faveur de notre doctrine un puissant argument (1).

— Parmi les descendants que la Novelle 118 appelle dans le premier ordre, faut-il compter même celui qui, à la mort de son père naturel, se trouve *in adoptivâ familiâ* (par suite d'adrogation ou d'*adoptio plena*)? Je le crois. En effet, nous savons que, dans l'ancien droit, cet enfant pouvait venir à la succession de son père naturel par la *bonorum possessio undè cognati ;* or, Justinien, dans la Novelle 118 (chap. 1 et chap. 4), décide que tous les descendants οιασδήποτε φύσεως ἢ βαθμοῦ (*cujuslibet naturæ aut gradûs*) excluent les ascendants et les collatéraux, et qu'il n'y a jamais à distinguer entre les agnats et les cognats. — On peut objecter sans doute qu'alors, en définitive, l'intérêt du *plenè adoptatus* se trouve être mieux protégé que celui du *minùs plenè adoptatus,* ce qui serait précisément l'inverse de ce que Justinien a voulu faire dans la L. 10, C., *De adoption.* J'admets qu'il y a là une innovation qui ne marche pas très-bien avec d'autres principes; mais certes ce n'est pas la seule inconséquence qu'on puisse signaler dans les Constitutions de Justinien.

Réciproquement, l'adopté venant à mourir sans postérité, qui prendra sa succession? La question est très-controversée. Je suis disposé à croire que les père et mère naturels viennent en concours

(1) Voy., ci-dessus, p. 106 et 107.

avec le père adoptif. Les frères ou sœurs naturels de l'adopté lui succèdent, comme s'il n'y avait pas eu adoption, c'est-à-dire dans le second ou dans le troisième ordre; quant aux frères ou sœurs adoptifs, ils peuvent seulement succéder dans le troisième ordre, comme *consanguinei*.

— La Novelle 118 ne parle pas des enfants illégitimes; mais d'autres Novelles s'en étaient occupées. D'après la Novelle 18, chap. 5, lorsqu'un homme meurt intestat ne laissant ni femme légitime, ni postérité légitime, mais qu'il laisse des enfants naturels issus d'une femme libre qui a vécu avec lui, ses enfants peuvent réclamer un sixième de la succession, sur quoi ils devront laisser à leur mère une part virile : il faut supposer que le défunt n'avait qu'une seule concubine et qu'il a élevé ses enfants dans sa maison. D'après la Novelle 89, chap. 12, § 6, lorsque le défunt laisse des enfants légitimes ou même une femme légitime, les enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments.

DES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM* AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ ET QUE LA *BONORUM POSSESSIO.*

DE L'ACQUISITION *per adrogationem.*

Gaius (Comment. III, §§ 82 et suiv.) présente l'adrogation et la *conventio in manum* comme étant des modes d'acquisition *per universitatem* introduits *eo jure quod consensu receptum est*, c'est-à-dire par la coutume. *Cùm paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit, omnes eorum res, incorporales et corporales, quæque eis debitæ sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur.* La *manus* ayant depuis longtemps cessé d'être en usage à l'époque de Justinien, les Institutes s'occupent seulement du cas d'adrogation (1).

Justinien répète après Gaius que, si par l'effet immédiat de l'adrogation l'adrogeant succède, en quelque sorte, à l'adrogé, cela dérive, non de la loi des Douze Tables, non de l'Edit prétorien, mais du droit coutumier (2).

Puisqu'il s'opère en cas d'adrogation une *successio per universitatem*, il en résulte que l'adrogeant n'acquiert pas seulement l'actif de l'adrogé, mais qu'en même temps il succède à son passif. Nous allons examiner successivement comment s'opère la transmission de l'actif et comment s'opère la transmission du passif.

I. *Transmission de l'actif.* — Du temps de Gaius, la règle est que tous les droits qui peuvent appartenir à la personne qui se donne en adrogation sont acquis à l'adrogeant. Il faut seulement excepter les droits qui sont de nature à s'éteindre par la *capitis deminutio,* tels que l'usufruit (ou plus généralement les droits de servitude personnelle), la créance qui a pour objet les services

(1) Liv. III, Tit. 10.

(2) Inst., pr. *De adquisit. per adrogat.*

d'un affranchi, laquelle s'est formée *per jusjurandum*, et enfin le droit résultant d'un *judicium legitimum* (1).

Aux Institutes, on indique bien la règle, mais on l'indique comme ayant été autrefois en vigueur. Lorsqu'un père de famille se donne en adrogation, dit Justinien, *omnes res ejus, corporales et incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori anteà quidem pleno jure adquirebantur* (2). En effet, le père adoptif ne peut pas avoir plus de droit que le *parens naturalis*. Or, du temps de Justinien, le *parens naturalis* investi de la puissance paternelle n'a plus la pleine propriété *in iis rebus quæ extrinsecùs filiis obveniunt*, sur les biens formant le pécule adventice; il a seulement l'usufruit. Donc, sur les biens qui appartenaient à l'adrogé lors de l'adrogation, comme sur ceux qu'il peut acquérir depuis, l'adrogeant obtient seulement l'usufruit. Que si l'adrogé vient à mourir *in adoptivâ familiâ,* l'adrogeant succède même à la propriété des *bona adventitia*, pourvu que l'adrogé ne laisse ni postérité, ni frères ou sœurs (3).

La règle ancienne souffrait exception en ce qui concerne les droits *quæ per capitis deminutionem pereunt.* Justinien indique encore l'exception; mais il ne reproduit pas purement et simplement les exemples que donnait Gaius. D'abord il ne parle plus du droit résultant d'un *judicium legitimum :* en effet, dans le droit de Justinien, il n'existe plus de *judicia legitima*, l'instance est toujours traitée comme l'ancien *judicium imperio continens* (4). En ce qui concerne les droits d'usufruit ou d'usage appartenant à l'adrogé, Justinien fait remarquer qu'ils ne s'éteignent plus par la *minima capitis deminutio* (5) : en conséquence, l'usufruitier ou l'usager qui se donne en adrogation reste usufruitier ou usager, et l'adrogeant a la jouissance du droit d'usufruit ou d'usage. Justinien cite, après Gaius, comme s'éteignant par la *minima capitis deminutio,* les *operarum obligationes;* seulement, il n'indique pas, comme

(1) Gaius, III, § 83.

(2) § 1 *De adquisit. per adrog.*

(3) Inst., § 2 *De adquisit. per adrogat.*; Justinien., L. 11, C., *Communia de success.* (6, 59). Comp. Inst., §§ 1 et 2 *Per quas pers. nob. adquir.* (II, 9).

(4) Voy. Gaius, IV, §§ 103-107. Comp. Inst., § 5 *De except.* (IV, 13).

(5) Inst., § 1 *in fine De adquis. per adrog.*

Gaius, qu'elles sont *per jusjurandum contractæ*. Enfin Justinien mentionne, ce que ne faisait pas Gaius, le *jus agnationis*. Il est parfaitement certain que, lorsqu'un *paterfamiliâs* se donne en adrogation, l'*agnatio* qui jusqu'alors existait entre lui et certaines personnes disparaît, tandis qu'un nouveau lien d'agnation commence à le rattacher aux membres de la famille dans laquelle il entre; mais il faut bien remarquer, d'un autre côté, que, si ce *paterfamiliâs* avait des enfants sous sa puissance, cette *patria potestas* n'est pas véritablement éteinte, elle est plutôt transmise à l'adrogeant. Ainsi, en définitive, le lien civil qui existait entre l'adrogé et ses agnats est absolument détruit par l'adrogation, et au contraire, malgré l'adrogation il subsiste un lien civil entre lui et les enfants qu'il avait sous sa puissance.

II. *Transmission des dettes*. — Il y a tout d'abord une distinction à faire entre les dettes de successions échues à l'adrogé (*hereditarium æs alienum*) et les dettes qui ont pris naissance en la personne de l'adrogé.

Si nous supposons que l'adrogé, institué par un tiers, fait adition *jussu patris adoptivi*, il n'y a aucune difficulté : l'hérédité ainsi acquise à l'adrogeant lui est acquise telle qu'elle se comporte, non-seulement en actif, mais également en passif. *Quid* si un *paterfamiliâs* se trouve avoir acquis une hérédité quelque temps avant de se donner en adrogation? On serait tenté de décider que les dettes de cette hérédité, déjà entrée dans le patrimoine de la personne au moment où elle est adrogée, ne doivent pas être traitées autrement que les dettes dont cette personne est tenue pour les avoir contractées elle-même. Voici cependant un passage de Gaius, qui du reste a eu besoin d'être restitué, duquel il semble résulter que les dettes héréditaires sont soumises à la même règle, soit que l'hérédité à laquelle elles se rattachent ait été acquise avant ou après l'adrogation : *Quod debet is qui se in adoptionem dedit, vel quæ in manum convenit, ad ipsum quidem coemptionatorem aut ad patrem adoptivum pertinet hereditarium æs alienum, proque eo, quia suo nomine ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur jure, non verò is qui se adoptandum dedit quæve in manum convenit, quia desinit jure civili heres*

esse (1). Ce qui me fait croire que Gaius a ici en vue même le cas d'une hérédité acquise avant l'adrogation, ce sont ces derniers mots, *desinit jure civili heres esse*. D'un autre côté, on peut soutenir que ce cas rentre dans la proposition suivante : *De eo verò quod priùs suo nomine eæ personæ debuerint...* : car, une hérédité étant une fois acquise à un *paterfamiliâs*, il est parfaitement exact de dire qu'il doit maintenant *suo nomine* tout ce que devait le défunt.

Nous arrivons maintenant à un cas sur lequel Gaius se prononce clairement : la personne a contracté des dettes, dont elle est encore tenue au moment où elle se donne en adrogation. Que vont devenir ces dettes? Elles ne passent pas à la charge de l'adrogeant, et, de son côté, l'adrogé n'en reste pas tenu, parce qu'il se trouve libéré par l'effet de la *capitis deminutio*. Cependant on donne contre l'adrogé, la *capitis deminutio* étant rescindée, une action utile ; et, faute par lui d'être défendu contre cette action, le Préteur permet aux créanciers de vendre tous les biens qui lui appartiendraient s'il ne se fût pas soumis à la puissance d'autrui (2).

Ainsi, en droit civil, les créanciers d'un homme qui se donne en adrogation perdent l'action qu'ils avaient contre lui (3). Mais, comme il est impossible d'admettre qu'il puisse ainsi dépendre d'un débiteur de se débarrasser de ses dettes, le Préteur accorde aux créanciers une sorte de *restitutio* contre cet effet par trop inique de la *capitis deminutio* qu'implique l'adrogation. *Ait Prætor :* QUI QUÆVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTÆVE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE, PERINDÈ QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO (4).

Ce qui vient d'être dit s'applique aux obligations résultant de contrats. Si celui qui se donne en adrogation était obligé *ex delicto*, l'obligation subsisterait même en droit civil, le créancier n'aurait pas besoin d'implorer le secours du Préteur : *Nemo delictis exuitur*,

(1) Comment. III, § 84 (au commencement).
(2) Gaius, III, § 84 *in fine*. Voy. aussi Comment. IV, § 38.
(3) Comp. notre t. I, p. 355.
(4) L. 2 § 1, D., *De cap. min.* (4, 5).

quamvis capite minutus sit(1). — Dites-en autant du cas où l'adrogé, qui était tenu comme dépositaire, a encore entre les mains la chose déposée. Paul le décide expressément pour le cas inverse, pour le cas où une chose a été remise en dépôt à un *filiusfamilias*, lequel, ayant été émancipé, détient encore la chose (2); il y a évidemment même raison de décider dans le cas qui nous occupe.

En général, lorsque l'adrogé était obligé *ex contractu*, le créancier a besoin de recourir au Préteur pour que celui-ci le relève des conséquences de la *capitis deminutio* encourue par le débiteur. Le Préteur, en cas pareil, accorde-t-il au créancier ce qu'on appelle proprement une *in integrum restitutio?* Certes cela y ressemble beaucoup. Nous pouvons cependant noter deux différences. D'abord il est de principe que le magistrat, avant d'accorder l'*in integrum restitutio*, prend toujours connaissance des faits de la cause : il a un pouvoir discrétionnaire pour l'accorder ou pour la refuser suivant les circonstances. Ici, au contraire, nous ne voyons pas qu'une *cognitio causæ* doive précéder la concession de l'action utile. De plus, l'*in integrum restitutio* doit toujours être demandée dans un certain délai. Au contraire, la personne dont le débiteur s'est donné en adrogation peut indéfiniment recourir au Préteur : comme le dit Ulpien, *hoc judicium perpetuum est* (3).

Dans le droit de Justinien, on admet bien encore que l'adrogeant n'est pas tenu *ipso jure* des dettes qui pesaient sur la personne qu'il adroge; mais, d'un autre côté, on n'exige plus des créanciers rien de semblable à cette espèce de restitution qu'ils devaient autrefois obtenir du Préteur. *Pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur; et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, et legitimo modo ea disponere* (4). — On dit que l'adrogeant défend l'adrogé

(1) Ulpien, L. 2 § 3, D., *De cap. min.*
(2) L. 21 pr., D., *Depositi* (16, 3).
(3) L. 2 § 5, D., *De cap. min.*
(4) Inst., § 3 *De adquisit. per adrogat.*

lorsqu'il prend fait et cause pour lui, et lorsqu'il fournit au créancier demandeur la eaution *judicatum solvi* (1).

Au fond, Justinien a suivi la marche qu'indiquait Gaius. Mais nous voyons qu'anciennement certains jurisconsultes, probablement les Proculiens, proposaient un mode de procéder tout différent : *In adrogatorem*, dit Ulpien, *de peculio actionem dandam quidam rectè putant, quamvis Sabinus et Cassius ex antè gesto de peculio actionem non esse dandam existimant* (2). Nous nous occuperons plus loin de l'action *de peculio* (3).

DE L'*addictio bonorum libertatis causâ.*

Un cas *sui generis* d'acquisition *per universitatem* résulte d'un rescrit de Marc-Aurèle. Des esclaves ont été affranchis par le testament de leur maître ; mais, l'institué ne faisant pas adition, le testament va se trouver *destitutum*, toutes les dispositions qu'il contient vont s'évanouir. Marc-Aurèle admet un moyen de prévenir ce résultat : si les esclaves affranchis par le testament demandent à prendre la place de l'institué, on aura égard à leur demande (4).

Le texte même du rescrit de Marc-Aurèle, adressé à Popilius Rufus, esclave affranchi par le testament de son maître, est rapporté aux Institutes (5). Virginius Valens, par son testament, avait donné la liberté à plusieurs esclaves. L'héritier institué ne faisant pas adition et personne ne se présentant pour recueillir la succession *ab intestat*, les biens du défunt allaient être vendus par ses créanciers. Popilius Rufus, l'un des esclaves affranchis par le testament, demande alors que les biens lui soient attribués. « Le magistrat « compétent, répond l'empereur, fera droit à votre demande : il « vous attribuera les biens du défunt, de manière à maintenir « les affranchissements tant directs que fidéicommissaires, pourvu « que vous garantissiez aux créanciers le paiement de tout ce qui

(1) Voy. notamment Inst., § 5 *De satisdat.* (IV, 11).
(2) L. 42, D., *De peculio* (15, 1).
(3) A propos du Titre des Institutes *Quod cum eo qui in alienâ potest. est* (IV, 7).
(4) Inst., pr. *De eo cui libert. causâ bona addic.* (III, 11).
(5) § 1 *eod. Tit.*

« leur est dû. Les esclaves affranchis directement deviendront « libres, comme si l'héritier institué faisait adition; quant à « ceux que cet héritier institué était chargé d'affranchir, c'est de « vous qu'ils recevront la liberté. Toutefois, si vous exigez que « même ceux à qui le défunt a directement légué la liberté devien- « nent vos affranchis, et si de plus ils y consentent, nous enten- « dons qu'il en soit ainsi... » — Les esclaves à qui le défunt a laissé la *libertas fideicommissaria*, sans distinguer s'ils appartiennent ou non à ce défunt, se trouvent toujours être les affranchis de celui qui prend les biens et qui exécute les dispositions dernières au lieu et place de l'institué; quant à ceux qui étaient *directò manumissi*, ils peuvent aussi être ses affranchis, dans le cas particulier prévu par le rescrit. Du reste, il est à remarquer que jamais la personne qui joue ainsi le rôle de patron ne peut exiger des affranchis dont il s'agit les *operæ*, les services, auxquels, en général, le patron a droit. Comme le dit Ulpien, *nec cui bona addicta sunt ex Constitutione D. Marci libertatum conservandarum causâ, poterit operas petere, neque ab his qui directas neque ab his qui fideicommissarias acceperunt, quamvis fideicommissarias qui acceperunt ipsius liberti efficiantur : non enim sic fiunt liberti ut sunt proprii, quos nullâ necessitate cogente manumisimus* (1).

La dernière phrase de ce curieux rescrit de Marc-Aurèle donne lieu à une difficulté véritable. « Pour que le bénéfice du présent « rescrit, dit l'empereur, ne se trouve point paralysé par une autre « cause, lorsque le fisc veut s'emparer des biens, que les agents pré- « posés à nos intérêts sachent que la faveur de la liberté l'emporte « sur un avantage pécuniaire, et que les biens doivent être re- « cueillis en réservant la liberté à ceux qui l'auraient eue si l'hé- « ritier institué avait fait adition. » Comment concilier cette disposition avec le principe général suivant lequel le fisc qui recueille des biens vacants n'est pas tenu, pas plus qu'un successeur *ab intestat*, de respecter les affranchissements contenus dans le testament du défunt? Papinien pose clairement ce principe : *Quod D. Marco pro libertatibus conservandis placuit, locum habet irrito testamento facto* (2), *si bona venitura sint; alioquin, vacantibus*

(1) L. 13 § 1, D., *De oper. libert.* (38, 1).

(2) *Irrito* est mis là sans doute pour *destituto*. Voy. notre t. I, p. 678.

fisco vindicatis, non habere Constitutionem locum, apertè cavetur (1). La disposition finale du rescrit de Marc-Aurèle se réfère probablement au cas particulier prévu dans la L. 4 § 20 *in fine*, D., *De fideicommiss. libertat.* (40, 5). Les biens d'un défunt ont été *addicta libertatis conservandæ causâ*, sans qu'on eût prévenu les agents du fisc, les *præfecti ærario*. Ces agents, étant ensuite instruits de ce qui s'est passé, réclament les biens, et alors l'effet de l'*addictio* s'évanouit, *addictio cessat;* mais les esclaves qui ont profité de l'*addictio* ont, en quelque sorte, un droit acquis à rester libres, et leur liberté devra être respectée. C'est ainsi que, lorsque l'héritier *ab intestat* qui avait d'abord renoncé ou qui s'était abstenu se fait ensuite restituer *in integrum* contre sa renonciation ou contre son abstention, après que l'*addictio libertatis causâ* avait déjà été prononcée, il devra respecter les affranchissements : *utique non erit dicendum revocari libertates quæ semel competierunt* (2).

— Dans l'espèce sur laquelle est intervénu le rescrit de Marc-Aurèle, c'était précisément un des esclaves affranchis par le testament qui demandait qu'il lui fût permis de prendre la place de l'héritier institué ; et, d'après les expressions employées par Justinien (3), on pourrait croire effectivement que l'*addictio* ne peut jamais être prononcée qu'au profit d'un de ceux dont la liberté est en question. Mais le bénéfice dont il s'agit avait été étendu, peut-être par Marc-Aurèle lui-même, de manière à pouvoir être invoqué également par un *extraneus* (4).

Lorsque le défunt laisse un *heres suus* qui s'abstient, l'*addictio libertatis causâ* peut-elle être prononcée ? Sans doute, dit Ulpien, le défunt n'est pas *sine herede ;* mais un Sénatusconsulte avait pourvu à l'intérêt des affranchis, en déclarant l'*addictio* possible même dans ce cas (5).

— Le rescrit de Marc-Aurèle se justifie non-seulement par l'intérêt de la liberté, mais aussi par l'intérêt du défunt. En effet,

(1) L. 50 pr., D., *De manum. testam.* (40, 4).

(2) L. 4 § 2, D., *De fideicommiss. libertat.*; Inst., § 5 *De eo cui libert. causâ bona addic.*

(3) Inst., pr. *De eo cui libert. causâ bona addic.*

(4) Papinien, L. 50 § 1, D., *De manum. testam.* (40. 4); Gordien, L. 6, C., *De testam. manum.* (7, 2).

(5) L. 30 § 10, D., *De fideic. lib.*

l'*addictio* accordée par le magistrat empêche que les biens ne soient vendus par les créanciers sous le nom du défunt. Comme le dit Justinien, il n'y a plus lieu de procéder à la *bonorum venditio : exstitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavit* (1). — Mais à qui précisément sera fournie la caution? Il rentre dans l'office du juge, dit Ulpien, de réunir les créanciers afin qu'ils élisent l'un d'entre eux pour recevoir la caution *omnium nomine* (2).

— Le rescrit suppose des affranchissements testamentaires. Est-il donc inapplicable lorsque le défunt, qui n'a point laissé de testament, a fait des affranchissements par codicille, et qu'il ne se présente personne pour recueillir sa succession *ab intestat?* Favorablement on appliquera même à ce cas le bénéfice du rescrit. A plus forte raison l'appliquerait-on si le défunt qui a fait des affranchissements par codicille a, du reste, laissé un testament (3).

Il est certain qu'il ne peut pas être question d'appliquer le rescrit quand il n'existe aucun affranchissement dont la validité se trouve en jeu. Mais que décider lorsque la liberté fait l'objet d'une donation entre-vifs ou d'une donation à cause de mort? Ainsi Titius a donné la liberté à un ou à plusieurs de ses esclaves, soit *inter vivos*, soit *mortis causâ*; les créanciers, invoquant la loi Ælia Sentia, prétendent que la *manumissio* est nulle comme ayant été faite en fraude de leurs droits. Si quelqu'un se présente, demandant que les biens de Titius lui soient attribués, offrant de maintenir tous les affranchissements et de garantir aux créanciers leur paiement intégral, devra-t-il être écouté? *Magis est*, dit Justinien, *ut audiri debeat, etsi deficiant verba Constitutionis* (4).

— Le rescrit de Marc-Aurèle suppose expressément que, l'héritier institué faisant défaut, il ne se présente personne pour recueillir la succession *ab intestat*. Le magistrat ne doit pas procéder à l'*addictio* tant qu'il y a possibilité que quelqu'un se présente : *Si certum esse cœperit neminem exstare, tunc erit Constitutioni locus* (5).

(1) Inst., § 2 *De eo cui libert. causâ bona addic.*
(2) L. 4 § 9, D., *De fideic. lib.*
(3) Inst., § 3 *De eo cui libert. causâ. bona addic.*
(4) Inst., § 6 *eod. Tit.*
(5) Inst., § 4 *eod Tit.*

— Quel est l'effet de l'*addictio bonorum?* Comme l'*in jure cessio*, elle consiste en une attribution faite par le Préteur; mais, à la différence de l'*in jure cessio*, elle n'opère point une translation valable en droit civil. Celui au profit de qui est prononcée cette *addictio* ne représente le défunt qu'au point de vue du droit prétorien. Aussi voyons-nous qu'il est assimilé à un *bonorum possessor*. C'est ce que dit positivement Ulpien : *Is cui bona addicta sunt, bonorum possessori adsimilari debet, et secundùm hoc et jura sepulcrorum poterit habere* (1). Le même Ulpien dit aussi qu'en général les créanciers ont seulement contre lui des actions utiles : *In quem etiam utiles actiones plerumque creditoribus competunt* (2). Les créanciers, du reste, n'ont besoin de recourir à ces actions utiles qu'à défaut de la caution qu'ils pouvaient exiger.

Justinien annonce, aux Institutes, que dans le rescrit de Marc-Aurèle il y avait des lacunes et qu'il a jugé convenable de faire une Constitution pour le compléter : *Cùm multas divisiones ejusmodi Constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima Constitutio, in quam multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsâ lectione Constitutionis potest quis cognoscere* (3). Voici l'analyse des dispositions de cette Constitution, qui forme la L. 15, C., *De testamentariâ manum.* (7, 2) :

On se demandait dans l'ancien droit si l'*addictio bonorum* peut encore être prononcée après que les biens du défunt ont été vendus sur les poursuites de ses créanciers : elle aurait alors pour résultat la rescision de cette vente. L'empereur Sévère n'admettait pas que l'*addictio* fût encore possible *semel rebus venditis;* le jurisconsulte Ulpien pensait, au contraire, qu'il fallait la permettre. Justinien consacre cette dernière opinion, et décide que l'*addictio* peut être obtenue tant qu'il ne s'est pas écoulé un an depuis la vente : *Licet servo qui libertate donatus est vel alii cuidam extraneo, vel antè venditionem rerum, vel post venditionem, intrà annale tamen tempus, adire hereditatem et res recuperare, priùs sa-*

(1) L. 4 § 21, D., *De fideic. libert.*
(2) L. 3, D., *eod. Tit.*
(3) § 7 *De eo cui libert. causâ.*

tisdatione dandâ, ut tàm libertatibus quàm creditoribus satisfiat (*h.* L. 15, pr.).

Le principe est que l'*addictio bonorum* n'est possible qu'autant que celui qui la sollicite prend l'engagement de payer intégralement tous les créanciers. Cependant ne devrait-elle pas encore être admise s'il offre un dividende dont les créanciers déclarent se contenter? Justinien se prononce avec raison pour l'affirmative (*h.* L. 15, § 1).

En supposant le cas extraordinaire où, parmi les esclaves affranchis, il s'en trouve qui ne veulent pas de la liberté, le rescrit de Marc-Aurèle peut-il encore s'appliquer? *Et in hunc casum*, dit Justinien, *extendenda est D. Marci oratio, et procul dubio et in hâc specie audiendus est petitor hereditatis, et maneat liberum arbitrium servorum sive ad libertatem venire volunt sive in servitute remanere*. Les esclaves qui ne veulent pas avoir pour patron celui qui sollicite l'*addictio bonorum* l'auront alors pour maître (*h.* L. 15, § 2).

Celui qui sollicite l'*addictio bonorum* devrait être écouté lors même qu'il promettrait seulement de donner la liberté à un certain nombre des esclaves affranchis par le défunt : *humanius est ut pauci saltem perveniant ad libertatem*. Du reste, s'il se trouvait que les biens de la succession suffisent pour désintéresser tous les créanciers, *melius est etiam omnibus servis dare libertatem, etsi hoc pollicitus non est* (*h.* L. 15, § 3).

Il est possible que plusieurs personnes se présentent pour solliciter l'*addictio bonorum*. Si elles se présentent en même temps, *uno momento*, l'*addictio* sera prononcée en faveur de toutes, de sorte qu'elles auront les biens en commun. Si, au contraire, elles se présentent successivement, *per intervalla temporum*, on préfère celle qui s'est présentée la première; seulement, si celle-là manquait à fournir la caution, *alii gradatìm secundùm tempora petitionis succedant, et hoc intrà annale tempus observetur* (*h.* L. 15, § 4).

Il y a un cas où l'on ne s'attacherait pas à l'ordre dans lequel les divers postulants se sont présentés. Supposons que Primus promette de maintenir un certain nombre d'affranchissements, mais non pas tous; survient ensuite Secundus, qui promet de les maintenir tous ou du moins d'en maintenir un plus grand nombre : c'est

Secundus qui l'emportera, *ut omnes libertates indistinctè celebrentur* (*h.* L. 15, § 5).

Cette prérogative accordée à Secundus s'applique sans difficulté si, au moment où il se présente, Primus n'a pas encore reçu *hereditarias res et libertatem*. Elle s'appliquerait également si l'*addictio* était déjà prononcée au profit de Primus ; du reste, Primus conserverait toujours le bénéfice de la liberté. Remarquez seulement que tout doit être réglé *intrà annum ex quo prior petitor judicem adierit* (*h.* L. 15, § 6).

Justinien ne s'en est pas tenu aux dispositions de cette Constitution : dans la Novelle 1re, chap. 1, il est allé beaucoup plus loin. Supposant qu'un héritier institué n'exécute pas les dispositions mises à sa charge, il décide que, lors même qu'il ne s'agirait pas d'affranchissements, les personnes gratifiées par le défunt ou celles qui seraient venues *ab intestat*, ou toute personne de bonne volonté, ou enfin le fisc, peuvent prendre la place de l'héritier institué (1), *cautione videlicet priùs ab eis factâ*.

DE LA *bonorum venditio*.

Justinien, après avoir parlé de l'*addictio bonorum libertatis causâ*, dit que plus anciennement il existait d'autres *successiones per universitatem*. *Qualis fuerat*, ajoute-t-il, *bonorum emptio*, *quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta*, *et tunc locum habebat quandò judicia ordinaria in usu fuerunt* (2).

La *bonorum venditio* est un mode d'exécution forcée qui avait été organisé par le Préteur. Disons d'abord quelques mots des modes d'exécution qui existaient originairement d'après le droit civil.

1° Dans certains cas spécialement déterminés, le créancier non payé pouvait s'attaquer directement aux biens du débiteur. Il y avait alors *pignoris capio*. D'après Gaius, ce mode pouvait être

(1) Il faudrait seulement, si l'héritier institué a droit à une légitime, lui laisser le montant de cette légitime.

(2) Inst., pr. *De successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem et ex Senatusc. Claudiano* (III, 12).

employé *de quibusdam rebus* en vertu de la coutume, *de quibusdam* en vertu de la loi (1). Dans les cas que cite Gaius, la créance se rattache au droit public ou au droit religieux (2). Il fallait toujours employer des paroles solennelles ; du reste, il n'y avait pas besoin de l'intervention du magistrat ni de la présence de l'adversaire, et l'on pouvait procéder même un jour néfaste : aussi n'était-il pas universellement admis que cette *pignoris capio* constituât véritablement une action de la loi (3).

2° Lorsque, en empruntant une somme d'argent, ou même depuis l'emprunt contracté, on s'était obligé *per æs et libram*, dans la forme du *nexum* (4), il y avait un mode d'exécution particulier que Varron indique en ces termes : *Liber qui suas operas in servitutem, pro pecuniâ quam debet, dat, dùm solveret,* NEXUS *vocatur, ut ab ære obæratus* (5). Le créancier obtenait le droit, pour le cas où il ne serait pas payé à l'échéance, d'emmener le débiteur et de le faire travailler chez lui comme un esclave jusqu'à extinction de la dette. Il paraît que, de plus, le créancier pouvait se saisir des biens du débiteur et même de la personne des enfants ou petits-enfants qu'il avait sous sa puissance (6). D'où résultait pour le créancier le pouvoir de s'emparer ainsi des biens du débiteur? Sur ce point, comme en général sur toute la matière du *nexum*, nous sommes réduits aux conjectures (7).

3° Lorsqu'un individu poursuivi en justice reconnaissait sa dette devant le magistrat ou était condamné par le juge, voici ce qu'avait réglé la loi des douze Tables : Le *judicatus* (ou, ce qui revient au même, le *confessus in jure*) a trente jours pour s'exécuter ;

(1) Comment. IV, § 26.

(2) Comment. IV, §§ 27 et 28.

(3) Gaius, IV, § 29.

(4) Je rapporterai seulement ici deux définitions que donne Festus : NEXUM *est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt hæc : testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.* — NEXUM ÆS *apud antiquos dicebatur pecunia quæ per nexum obligatur.*

(5) *De linguâ latinâ*, VII, § 105. Tous les interprètes ne lisent pas le texte absolument de la même manière.

(6) Voy. notamment Tite-Live, II, 24.

(7) Voy. la belle monographie de M. Giraud, *Des* NEXI *ou de la condition des débiteurs chez les Romains* (Paris, 1847). Voy. aussi M. Walter, *Geschichte des römischen Rechts* (3e édition, 1861). t. II, n° 616.

faute d'exécution dans les trente jours, le créancier procède à la *manûs injectio* : il se saisit du débiteur, en prononçant des paroles que Gaius nous a fait connaître (1), et il le conduit *in jus* devant le magistrat : alors, à moins que le débiteur ne payât ou qu'un *vindex* ne prît fait et cause pour lui, *cui erat judicatus addicebatur*, il était attribué par le magistrat au créancier, et celui-ci pouvait l'emmener chez lui et le mettre aux fers : le paiement n'étant pas encore effectué dans les soixante jours qui suivent, après que l'*addictus* aura été conduit devant le magistrat, *trinis nundinis continuis*, trois jours de marché consécutifs, le créancier pourra le tuer ou le vendre à l'étranger, *trans Tiberim* (2).

L'effet immédiat de l'*addictio* n'était certainement pas de faire du débiteur un esclave. Gaius dit, en parlant du *fur manifestus* : *Liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat ; utrùm autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quœrebant* (Comment. III, § 189). Même il ne paraît pas que ce débiteur passât sous le *mancipium* du créancier. L'*addictus* reste propriétaire, puisque la loi des douze Tables dit, en parlant de lui : *Si volet, suo vivito.* — Une question des plus obscures est celle de savoir si le créancier ne peut pas se payer avec les biens du débiteur condamné. Je suis disposé à croire que, par elles-mêmes, ni la condamnation ni l'*addictio* ne confèrent au créancier un droit sur les biens du débiteur : ce droit sur les biens n'est acquis au créancier que par suite des arrangements qu'il peut prendre avec le débiteur. C'est ainsi que j'entends les expressions d'Aulu-Gelle : *Erat jus intereà paciscendi ; ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.* Du reste, lorsqu'aucun arrangement n'est intervenu, l'*addictus* après l'expiration des soixante jours étant mis à mort ou vendu comme esclave *trans Tiberim*, il est probable qu'à ce moment le créancier peut s'emparer des biens par lui laissés (3).

— Dans la première moitié du v[e] siècle, probablement en l'année 429 de la fondation de Rome, les principes qui viennent d'être

(1) Comment. IV, § 21.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XX, 1.

(3) Voyez le mémoire de mon bien regrettable élève et ami Jules Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, t. I, p. 24-30.

indiqués furent gravement modifiés par une loi Pœtelia ou Petilia. Les renseignements que nous trouvons sur cette loi dans les auteurs latins se réduisent à trois textes, qu'en raison de leur importance je vais rapporter ici :

Varron, après avoir dit qui est appelé *nexus* (1), ajoute : *Hoc, Poplilio auctore Visolo dictatore, sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurârunt, ne essent nexi, dissoluti.*

Propter unius libidinem, dit Cicéron, *omnia nexa civium liberata, nectierque posteà desitum* (2).

Enfin Tite-Live s'exprime ainsi : *Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quòd necti desierunt. Mutatum autem jus ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem.... Victum, eo die, ob impotentem injuriam unius, ingens vinculum fidei ; jussique Consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur ; pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ità nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur* (3).

D'après cela, voici quels me paraissent avoir été les résultats de la loi Pœtelia :

Un homme libre ne peut plus s'engager à fournir au créancier des *operæ serviles* faute de paiement de la dette à l'échéance ; le droit du créancier non payé s'exerce seulement sur les biens du débiteur. Ceux qui, au moment où la loi est promulguée, sont déjà tenus comme *nexi*, ceux-là ne seront pas soumis aux *operæ serviles*, pourvu qu'ils fassent exactement connaître tous les biens qui leur appartiennent et qui doivent servir de gage au créancier (4).

Enfin la loi Pœtelia décide, en termes généraux, que personne ne pourra *in compedibus aut in nervo teneri* (être tenu enchaîné), sauf celui *qui noxam meruisset, donec pœnam lueret*. On admet sans difficulté que l'exception se réfère au criminel condamné à mort : en attendant le jour du supplice, il peut être retenu *in compedi-*

(1) Ci-dessus, p. 131.
(2) *De republ.*, II, n° 34.
(3) Liv. VIII, n° 28.
(4) Sur le sens de cette expression, employée par Varron, *qui bonam copiam jurârunt*, voy. spécialement M. Giraud, *op. cit.*, p. 118 et suiv.

bus aut in nervo. Il en résulte que ce n'est pas seulement du *nexus* que s'est occupée la loi Pœtelia, mais qu'en vertu de la disposition générale qui nous occupe, la condition de l'*addictus* a été notablement adoucie : il est défendu désormais au créancier de charger de chaînes le débiteur qu'il a fait condamner et qui lui a été *addictus* (1). Du reste, la loi Pœtelia ne supprime ni l'*addictio* n. l'emprisonnement de l'*addictus*. En effet, nous voyons dans Tite-Live que, pendant la seconde guerre punique, c'est-à-dire au milieu du VIe siècle de la fondation de Rome, le dictateur Junius Pera, *ad ultimum propè desperatæ reipublicæ auxilium*, *cùm honesta utilibus cedunt*, *edixit : Qui*, *capitalem fraudem ausi*, *quique*, *pecuniæ judicati*, *in vinculis essent*, *qui eorum apud se milites fierent*, *eos noxâ pecuniâque sese exsolvi jussurum* (2). Et, sous l'Empire, Aulu-Gelle écrit : *Addici nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt* (3).

Nous arrivons maintenant à la *venditio bonorum*.

Gaius nous apprend que l'institution de la *bonorum venditio* remonte au préteur Publius Rutilius (4) ; elle fut sans doute établie tout à la fin du VIe ou dans la première moitié du VIIe siècle de la fondation de Rome. Le discours de Cicéron *pro Quintio* (5), prononcé en 672, roule tout entier sur une question de *venditio bonorum*. — Antérieurement à cette institution prétorienne, existait déjà, en droit civil, ce qu'on appelle la *bonorum sectio*. Il y avait lieu à cette *bonorum sectio* lorsque la confiscation (*publicatio*) avait été décrétée contre un citoyen ou lorsqu'une condamnation prononcée au profit du Trésor public n'était pas acquittée. Le Préteur envoyait les Questeurs en possession des biens (6) ; puis les

(1) La loi des douze Tables disait : *Vincito aut nervo aut compedibus*. Elle fixait le poids *maximum* des chaînes.

(2) Liv. XXIII, n° 14.

(3) *Nuits att.*, XX, 1.

(4) Le *bonorum emptor*, dit Gaius, peut employer une action appelée *rutiliana* : on l'appelle ainsi, *quia a prætore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est* (Comment. IV, § 35).

(5) Ce n'est pas la première plaidoirie de Cicéron, comme on le dit quelquefois ; mais c'est la première qui ait été conservée.

(6) *In bona L. Scipionis possessum publicè quæstores Prætor misit* (Tite-Live, XXXVIII, 60).

biens étaient vendus en bloc, *sub hastâ*, par le ministère d'un crieur public (1). La pique, nous le savons déjà, figure ici comme le symbole du droit de propriété (2). Celui qui mettait la plus forte enchère succédait *in universum jus* à l'homme dont les biens étaient ainsi vendus : il lui succédait *jure civili*, comme un héritier et non pas comme un *bonorum possessor* (3).

La *venditio bonorum* est une extension prétorienne de la *sectio*, extension admise au profit des particuliers non payés de ce qui leur est dû. Les créanciers commencent par se faire envoyer en possession des biens de leur débiteur. On dit que cet envoi a lieu *rei servandæ causâ* : effectivement les créanciers obtiennent ce qu'on appelle un *pignus prætorium*, du moins dès l'instant où en fait ils ont pris possession des biens (4). Le débiteur est dessaisi (5) : il en résulte notamment que les paiements par lui faits pourront être révoqués sur la demande des créanciers (6). Pour administrer les biens, et particulièrement pour exercer les actions qui peuvent appartenir au débiteur, on nomme un ou plusieurs curateurs (7) ; la désignation est faite par la majorité des créanciers et confirmée par le magistrat (8).

Quels sont précisément les cas dans lesquels le Préteur prononce l'envoi en possession *rei servandæ causâ?* Gaius, en réalité, répond à cette question, lorsqu'il indique dans quels cas a lieu la *venditio*

(1) Tel fut le sort des biens du grand Pompée après sa mort : *Hastâ positâ pro æde Jovis Statoris, bona Pompeii (miserum me! consumtis enim lacrymis, tamen infixus animo hæret dolor), bona, inquam, Pompeii magni voci acerbissimæ subjecta præconis* (Cicéron, 2e Philippique, no 26).

(2) Voy. notre t. I, p. 188 et 446.

(3) Comme le dit Varron (*De re rusticâ*, II, 10), c'est le *dominium legitimum* qu'obtient le *bonorum sector*.

(4) Ulpien, L. 1 *Quib. ex caus. in possess. eatur* (42, 4), et L. 26 *De pignerat. act.* (13, 7).

(5) Tout comme, chez nous, le commerçant déclaré en faillite (C. de comm., art. 443).

(6) Ulpien, L. 6 § 7, D., *Quæ in fraud. credit.* (42, 8).

(7) Tout comme chez nous, en matière de faillite, on nomme un ou plusieurs syndics. Voy. notamment l'art. 462 du Code de commerce.

(8) Paul, L. 14 pr., et Ulpien, L. 15 pr. *De reb. auctorit. jud. possid.* (42, 5). Voy. aussi le Titre *De curat. bonis dando* (42, 7).

bonorum (1). *Bona veneunt*, dit Gaius, *aut vivorum aut mortuorum. Vivorum, velut eorum qui fraudationis causâ latitant nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Juliâ bonis cedunt; item judicatorum, post tempus quod eis, partim lege* XII *Tabularum, partim edicto Prætoris, ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt, velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere* (2). Nous savons déjà que, dans le cas où un débiteur s'est donné en adrogation, si l'adrogeant ne veut pas défendre à l'action des créanciers, le Préteur leur permet de mettre en vente tous les biens qui appartiendraient à leur débiteur sans l'adrogation (3). Il paraît, du reste, qu'en général, le Préteur n'accordait l'envoi en possession que *cognitâ causâ* (4).

Avant d'arriver à la vente, il fallait remplir certaines formalités, en observant des délais déterminés. Nous possédons sur ce point un texte de Gaius, où il y a malheureusement une lacune, et un texte de Théophile. Voici d'abord le texte de Gaius : *Siquidem vivi bona veneant, jubet ea Prætor per dies continuos triginta possideri et proscribi; si verò mortui, post dies quindecim. Posteà jubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant..... Vivi bona* XXX, *mortui verò* XX, *emptori addici jubet. Quarè autem tardiùs viventium bonorum venditio compleri jubetur, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facilè bonorum venditiones paterentur* (5). Voici maintenant le texte de Théophile (traduction latine de Reitz) : *Si eveniebat ut quis multis deberet, et posteà latitaret neque defensorem haberet, creditores convenientes Prætorem adibant, hoc ei querentes; permittebatque iis Prætor in possessione esse bonorum debitoris, erantque in eorum*

(1) Remarquez toutefois qu'il peut y avoir envoi en possession, mais non *venditio bonorum*, si le débiteur est absent *sine animo fraudandi*, si l'héritier du débiteur délibère, etc.,

(2) Comment. III, § 78. En ce qui concerne les *bona mortuorum*, comp. Inst., § 8 *De bonor. possess.* (III, 9).

(3) Gaius, III, § 84 *in fine*, et ci-dessus, p. 122 — Voy., au surplus, le Titre du Digeste *Quib. ex caus. in poss. eat.* (42, 4), surtout les LL. 6 et 7.

(4) Julien, L. 18, D., *Si serv. vindic.* (8, 5); Ulpien, L. 31, D., *De reb. auctorit. jud. possid.*

(5) Comment. III, § 79.

possessione per certos dies. His autem diebus præteritis, altera fiebat ab iis aditio, postulantibus ut sibi licentia esset unum ex ipsis constituendi qui patrimonium deberet divendere : nàm, quia difficile erat omnes in unum quoque die convenire, unum ex ipsis deligebant, qui magister dicebatur (όστις ἐλέγετο μάγιστρος), *et ille deindè contrahebat cum iis qui emere volebant. Fiebatque in partibus urbis illustribus proscriptio, hæc significans :* ILLE, DEBITOR NOSTER, IN CAUSAM VENUMDATIONIS INCIDIT, NOS CREDITORES PATRIMONIUM HUJUS DISTRAHIMUS : EMPTOR QUI VOLET ADESTO. *Posteà, paucis diebus elapsis, tertia quoque aditio fiebat, in quâ permittebatur illis legem bonorum vendundorum facere. Namque porrò dictæ proscriptioni hæc addebant :* EMPTOR CREDITORIBUS (*exempli gratiâ*) IN DIMIDIAM DEBITORUM PARTEM RESPONDERE DEBET... *Et, postquàm hîc certum tempus præterierat, tunc patrimonium emptori addicebatur.*

Sur ces textes, nous remarquerons tout d'abord qu'ils parlent d'un *magister* et non d'un curateur, tandis qu'à l'inverse dans les Pandectes il est question d'un curateur et non d'un *magister*. Plusieurs interprètes pensent qu'il y avait seulement un *magister* et que les commissaires de Justinien ont changé son nom en celui de *curator ;* je suis plus disposé à croire qu'il y avait réellement ou du moins qu'il pouvait y avoir, à côté du *magister*, chargé de vendre, un ou plusieurs curateurs, chargés d'administrer les biens pendant le temps assez considérable qui s'écoulait depuis l'envoi en possession jusqu'à la vente. Il est certain que, dans cet intervalle, des actes d'administration peuvent être nécessaires : ils ne seront pas faits par le *magister*, qui, d'une part, n'est pas nommé dès le jour où l'envoi en possession est prononcé, et qui, d'autre part, nous est présenté par Gaius et par Théophile comme chargé seulement de la vente (1).

La *proscriptio*, c'est-à-dire l'affiche annonçant la vente, avait lieu, d'après Gaius, dès le début de l'envoi en possession; d'après Théophile, elle avait lieu seulement lors de la nomination du *magister*. Il est probable qu'il n'y avait pas d'époque rigoureusement déterminée. Cette *proscriptio* avait sans doute pour objet d'avertir les créanciers non encore instruits, ainsi que les tiers qui pourraient

(1) En ce sens, voy. Jules Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 185 et suiv.

se trouver dans le cas de traiter avec le débiteur; elle avait surtout pour but d'appeler les acheteurs.

La *lex bonorum vendendorum*, qui, d'après Théophile, devait s'ajouter à l'affiche, était une sorte de cahier des charges. Elle contenait, sans doute, l'indication des biens, le montant des dettes et spécialement le montant des dettes privilégiées. Il est à croire que les créanciers qui ne s'étaient pas encore présentés lors de la rédaction de cette *lex bonorum vendendorum* étaient forclos : autrement l'acheteur, qui devait payer un certain dividende à chaque créancier, aurait été trompé.

Il est probable, quoiqu'aucun texte ne le dise expressément, que la *venditio*, comme la *sectio bonorum*, avait lieu aux enchères publiques. Le patrimoine du débiteur était attribué en bloc au plus fort enchérisseur. Si deux personnes faisaient la même offre, l'une pouvait se trouver dans une position telle qu'il paraissait convenable de la préférer à l'autre. C'est ainsi que j'entends un texte de Gaius sur lequel on a beaucoup discuté : *In comparationem extranei et ejus qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen creditor quàm cognatus ; et inter creditores potior is cui major pecunia debebitur* (1).

A la différence du *bonorum sector*, le *bonorum emptor* n'est pas investi *ipso jure* des droits du débiteur : comme le *bonorum possessor*, que Gaius met sur la même ligne, le *bonorum emptor* n'est qu'un successeur prétorien (2). Théophile le dit expressément : *Omnes actiones quæ subeunti bonorum venditionem competebant, et quotquot adversùs eum erant, illæ in bonorum emptorem transferebantur, atque utiliter et agebat et conveniebatur, sicuti et bonorum possessor : ambo enim prætorii sunt successores* (3). Du reste, nous verrons plus tard que le *bonorum emptor* a le choix entre deux sortes d'actions : non-seulement il peut agir *ficto se herede*, par une action qu'on appelle *Servienne;* mais, s'il le préfère, il peut employer une action d'une autre nature, qu'on appelle *Ruti-*

(1) L. 16, D., *De reb. auctorit. jud. possid.*
(2) Comment. III, § 80. Ci-dessus, p. 77.
(3) Comp. Gaius, III, § 81.

tienne (1). Quant aux actions dont le débiteur exproprié était tenu, elles sont données comme actions utiles contre le *bonorum emptor;* et c'est probablement au moyen d'une exception que ce *bonorum emptor* fait restreindre la condamnation au montant du dividende qu'il a promis.

— Le caractère principal de la *venditio bonorum*, c'est que la masse des créanciers poursuit la vente de la masse des biens du débiteur. A l'époque de Justinien, ce système avait déjà disparu depuis plus de deux cents ans. *Bonorum emptio*, dit Justinien, *tunc locum habebat quandò judicia ordinaria in usu fuerunt; sed, cùm extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideò cum ipsis ordinariis judiciis etiàm bonorum venditiones exspiraverunt* (2). Théophile, de son côté, dit que la *bonorum emptio* avait lieu *cùm judicia ordinaria erant, id est cùm solo conventûs tempore exercebantur. Hodiè autem,* ajoute-t-il, *cùm judicia sint extraordinaria atque omni tempore exerceantur, consequenter bonorum venditiones non sunt in usu.* Comment la suppression de la *bonorum venditio* est-elle la conséquence logique de l'abolition du système formulaire (*judicia ordinaria*), système dans lequel on ne pouvait agir que *conventûs tempore?* J'avoue que je ne l'aperçois pas clairement. Probablement, à la même époque où l'emploi des formules a paru gênant, on a également trouvé incommode que le créancier qui n'est pas payé par son débiteur fût obligé de s'entendre avec tous les autres créanciers à l'effet de poursuivre la vente en bloc du patrimoine tout entier.

Quel est donc le système qui a supplanté la *bonorum venditio* et qui est encore en vigueur dans le droit de Justinien? *Tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et, prout utile eis visum fuerit, ea disponere* (3). Dans ce système, il y a ce qu'on appelle proprement *distractio:* c'est la vente, non plus du patrimoine en bloc, mais seulement de tel ou tels objets déterminés.

(1) Gaius, IV, § 35. — Quand je dis que le *bonorum emptor* avait le choix, je suppose que ce sont les biens d'un homme vivant qui ont été mis en vente. S'il s'agissait des biens d'un défunt, il est à croire que l'action Servienne serait seule possible.

(2) Inst., pr. *De success. subl.* (III, 12).

(3) Inst., *ibid.*



— Ce système de la *distractio bonorum* était déjà usité du temps des jurisconsultes, mais dans des cas exceptionnels, notamment dans le cas où le débiteur est une personne illustre à qui on veut épargner l'infamie qu'entraîne la *bonorum venditio : Curator ex Senatusconsulto constituitur*, dit Gaius, *cùm clara persona (veluti Senatoris vel uxoris ejus) in eâ causâ sit ut ejus bona venire debeant : nàm, ut honestius ex bonis ejus quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur, distrahendorum bonorum gratiâ, vel a Prætore vel in provinciis a Præside* (1). — Ici il n'est point question d'un *magister bonorum vendendorum*, et il paraît que le curateur est chargé tout à la fois d'administrer les biens et de procéder à chaque vente qu'il peut être opportun de faire. — Justinien, pour trancher une difficulté qui s'élevait dans l'ancien droit, décide que, si certains créanciers se sont fait envoyer en possession, d'autres créanciers du même débiteur pourront participer au bénéfice de l'envoi, pourvu qu'ils se présentent dans les deux ans s'ils demeurent *in unâ eâdemque provinciâ in quâ et possessores rerum commorantur*, et dans les quatre ans s'ils demeurent dans une autre province (2).

— La *bonorum distractio*, comme la *bonorum venditio*, présuppose un envoi en possession prononcé au profit d'une masse de créanciers : l'une et l'autre s'appliquent donc à un débiteur insolvable ou présumé tel. Le créancier qui aurait simplement affaire à un débiteur de mauvaise volonté n'a-t-il aucun moyen de se faire payer, en dehors de ces procédures extrêmes qui ressemblent tant à la faillite du droit français? Pourvu qu'il ait obtenu une condamnation contre le débiteur, il lui est possible par une sorte de saisie d'arriver au paiement. Nous trouvons ici une institution qui très-probablement est d'origine prétorienne, mais qui avait été consacrée et régularisée par des Constitutions impériales. Voici comment s'exprime, à cet égard, le jurisconsulte Callistrate : *Si qui, per contumaciam magis quàm quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex formâ quam Cassio proconsuli D. Pius in hæc verba re-*

(1) L. 5, D., *De curator. furioso* (27, 10). Voy. aussi Neratius, L. 9 *eod. Tit.*
(2) L. 10 pr., C., *De bon. auctorit. jud. possid.* (VII, 72).



scripsit : HIS QUI FATEBUNTUR DEBERE AUT EX RE JUDICATA NECESSE HABEBUNT REDDERE, TEMPUS AD SOLVENDUM DETUR, QUOD SUFFICERE PRO FACULTATE CUJUSQUE VIDEBITUR : EORUM QUI, INTRA DIEM VEL AB INITIO DATUM VEL EX CAUSA POSTEA PROROGATUM SIBI, NON REDDIDERINT, PIGNORA CAPI, EAQUE, SI INTRA DUOS MENSES NON SOLVERINT, VENDANTUR; SI QUID EX PRETIIS SUPERSIT, REDDATUR EI CUJUS PIGNORA VENDITA ERUNT (1). Je n'ai pas, du reste, à entrer dans les détails de cette procédure (2).

DU SÉNATUSCONSULTE CLAUDIEN.

J'ai déjà eu l'occasion de parler du Sénatusconsulte Claudien(3). Comme le dit Justinien, *erat et ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cùm libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat et cum libertate substantiam* (4).

Les principaux renseignements que nous possédions sur le Sénatusconsulte Claudien nous sont fournis par Paul, qui, dans ses *Sentences*, a consacré un Titre tout entier à cette matière (5).

Il faut d'abord distinguer s'il s'agit d'une femme ingénue ou d'une affranchie.

Si mulier ingenua, civisque romana vel latina, alieno se servo conjunxerit, si quidem invito et denunciante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla (6). Pour que la servitude soit ainsi encourue, il faut trois dénonciations du *dominus servi*, et de plus il faut un décret du magistrat (7). — Le Sénatusconsulte ne s'applique pas dans le cas particulier où le *dominus servi* doit du respect à la femme qui malgré sa défense s'est unie avec son esclave : *Si mater servo filii se junxerit, non tollit Senatusconsultum*

(1) L. 31, D., *De re judic.* (42, 1).

(2) Voy., pour ces détails, Ulpien, L. 15, D., *De re judic.* Voy. aussi deux Titres du Code, le Titre *De execut. rei judic.* (7, 53), et le Titre *Si in causâ judic. pignus captum sit* (8, 23).

(3) Voy. notamment t. I, p. 154.

(4) Inst., § 1 *De success. subl.* (III, 12).

(5) Liv. II, Tit. XXI *a*.

(6) Paul, *dicto Tit.*, § 1.

(7) Paul, *ibid.*, § 17.

Claudianum erubescendam matris etiam in re turpi reverentiam, exemplo ejus quæ se servo liberti sui conjunxerit (1).

Ce qui vient d'être dit pour la femme ingénue s'applique également à l'affranchie *quæ, sciente patrono, alieni servi secuta est contubernium*. Mais, si c'est à l'insu de son patron que l'affranchie s'est unie à un *servus alienus*, elle ne devient point l'esclave du *dominus servi*, elle retombe sous la puissance de son patron, *eâ conditione ne aliquandò ab eo ad civitatem romanam perducatur* (2).

Lorsque l'union dont il s'agit, entre une femme libre et un *servus alienus*, a lieu du consentement du *dominus servi*, la femme ne devient pas esclave; mais seulement elle sera considérée désormais comme étant *libertinæ conditionis* (3). — Dans la même hypothèse, le sort des enfants nés de cette union dépendait des arrangements pris entre la femme et le *dominus servi*. *Ecce ex Senatusconsulto Claudiano poterat civis romana quæ alieno servo, volente domino ejus, coierit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare : nàm quod inter eam et dominum istius servi convenerit, ex Senatusconsulto ratum esse jubetur*. Mais déjà l'empereur Adrien avait abrogé cette disposition singulière du Sénatusconsulte : *D. Hadrianus, iniquitate rei et inelegantiâ juris motus, restituit juris gentium regulam, ut cùm ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat* (4).

Justinien a complétement abrogé le Sénatusconsulte Claudien : *Quod indignum nostris temporibus esse existimantès, et a nostrâ civitate deleri et non inseri nostris Digestis concessimus* (5). Le *dominus servi* n'acquiert plus la puissance sur la personne de la femme ni la propriété de ses biens; il pourra seulement, comme le dit Justinien, *corrigere servum castigatione competenti* (6).

(1) Paul, *ibid.*, §§ 13 et 16.
(2) Paul, *ibid.*, §§ 6 et 7.
(3) Voy. notre t. I, p. 186 et 187.
(4) Gaius, I, § 84. Voy. aussi notre t. I, p. 184.
(5) Inst., § 1 *in fine De success. subl.*
(6) L. un., C., *De Senatusc. Claud. toll.* (7, 24).

DES OBLIGATIONS.

Je voudrais, avant tout, bien marquer la place que la théorie des obligations occupe dans l'ensemble du droit privé.

Les droits, nous le savons, sont les bénéfices ou les facultés garantis à chacun de nous par la puissance publique (1). Un droit existe toujours au profit d'une personne ; il peut lui appartenir, soit par rapport à une chose, soit par rapport à une autre personne.

1° *Par rapport à une chose*. Ainsi, le droit de propriété est la faculté pour une personne de retirer toute l'utilité d'une certaine chose et d'en disposer comme elle l'entend. De même, le droit de servitude est la faculté pour une personne de retirer d'une chose une certaine utilité ou d'empêcher le propriétaire de cette chose d'en faire un certain usage. — Chez les Romains, l'esclave lui-même est considéré comme une chose, en ce sens qu'il peut être l'objet du droit de propriété ou du droit d'usufruit.

2° *Par rapport à une autre personne*. Ceci peut se présenter de deux manières. D'abord il est possible que le droit qui existe à mon profit par rapport à une autre personne constitue celle-ci dans une dépendance à peu près complète : c'est ce que les Romains expriment très-bien quand ils disent que le fils de famille ou que l'esclave (considéré comme soumis à la puissance du maître) est bien une personne, mais non une personne *sui juris*. Il est possible aussi que le droit qui m'appartient par rapport à une autre personne consiste simplement dans la faculté pour moi d'exiger de

(1) Voy. notre t. 1, p. 1.

cette personne un acte ou certains actes déterminés. Il y a ici entre elle et moi, non pas un rapport de puissance, mais un rapport d'obligation. Elle ne devient point une personne *alieni juris;* seulement, ma liberté se trouve étendue vis à vis d'elle au-delà de ses limites naturelles, tandis qu'à l'inverse sa liberté souffre une restriction à mon profit.

— On peut encore se placer à un autre point de vue pour classer les droits qui appartiennent aux personnes.

Parmi les droits qui nous appartiennent, les uns comptent dans notre patrimoine, les autres sont en dehors de notre patrimoine, en ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être évalués en argent. Ainsi la *patria potestas*, la tutelle, constituent bien des facultés garanties par le législateur; mais ces facultés n'ont réellement pas en elles-mêmes, pour celui à qui elles appartiennent, une valeur pécuniaire (1). Quant aux droits qui comptent dans notre patrimoine, les uns nous mettent directement en rapport avec une certaine chose, les autres nous permettent d'exiger d'une personne déterminée un certain service (2).

Nous n'avons rien à dire pour le moment des droits qui sont hors de notre patrimoine, des *droits de famille*. En ce qui concerne les divers éléments constitutifs de notre patrimoine, de quelles dénominations nous servirons-nous pour les distinguer?

Souvent on emploie les expressions *jus in re* et *jus ad rem*. Les jurisconsultes romains disent effectivement *jus in re alienâ* pour désigner un droit de servitude. Quant à l'expression *jus ad rem*, elle a été imaginée par les interprètes en vue de l'obligation qui a pour objet la prestation d'une chose; elle ne convient pas quand l'obligation a pour objet un autre fait ou une abstention.

Des auteurs modernes ont proposé les expressions *droit absolu* et *droit relatif*. Quand je suis propriétaire d'une chose, j'ai un droit que je puis exercer envers et contre tous; au contraire, quand je suis créancier, pour l'exercice de mon droit je ne puis m'adresser qu'à une personne déterminée. Certes il y a là quelque chose de

(1) Que le père puisse manciper son fils, que certains tuteurs puissent céder la tutelle, il faut voir là des exceptions que l'ancien droit romain avait apportées au principe.

(2) Comp. t. I, p. 491.

vrai. Cependant, lors même que je suis simplement créancier, mon droit peut être dit *absolu*, en ce sens que je puis me trouver dans le cas de l'invoquer, non pas seulement à l'encontre d'une personne déterminée, mais à l'encontre d'une personne quelconque qui prétendrait que c'est à elle qu'il appartient. Ainsi, j'ai ou je crois avoir une certaine créance sur Titius; un tiers prétend que c'est lui qui est investi de cette créance, par exemple en vertu d'une cession qui lui en a été faite, et il défend à Titius de payer entre mes mains : me voilà dans le cas d'invoquer mon droit contre ce tiers, tout comme en matière de propriété je puis avoir à plaider contre quiconque met obstacle à l'exercice de mon droit sur la chose qui m'appartient. Les expressions *droit absolu*, *droit relatif*, ne sont donc pas d'une exactitude parfaite, puisque même les droits qu'on appelle proprement *relatifs* ont jusqu'à un certain point un caractère absolu.

Enfin on pourrait être tenté d'employer les expressions *droit réel* et *droit personnel*. De ces expressions la première est certainement très-convenable, et la deuxième paraît faire exactement contraste avec elle. Cependant cette expression *droit personnel* doit être repoussée comme équivoque. En effet, d'abord on pourrait l'appliquer à la puissance du père ou du maître : cette puissance est un droit sur la personne. De plus, on pourrait l'appliquer aux droits qui appartiennent à une personne déterminée, de telle sorte qu'ils ne peuvent être transmis par elle et qu'ils meurent nécessairement avec elle : ainsi, le droit d'usufruit est assurément un droit réel, et pourtant, à un certain point de vue, il est aussi un droit personnel.

En somme, pour désigner les deux classes de droits qui composent le patrimoine, les expressions qui me paraissent les plus convenables, et que j'emploierai de préférence, sont celles-ci : *droits réels*, *droits de créance*.

— Les Romains emploient en général le mot *obligatio* pour désigner le rapport qui existe entre un créancier et son débiteur. Quelquefois ils le prennent dans un sens plus restreint, pour désigner ce rapport considéré spécialement au point de vue actif, du côté du créancier : ainsi, nous avons déjà vu qu'on énumère l'*obli-*

gatio parmi les choses incorporelles (1), et qu'en parlant d'un pupille qui veut faire un *mutuum* sans l'*auctoritas tutoris*, pour dire qu'il ne devient point créancier on dit *non contrahit obligationem* (2); de plus, nous avons aux Institutes un Titre qui porte cette rubrique *Per quas personas nobis obligatio adquiritur*, Par quelles personnes nous pouvons acquérir un droit de créance (3). Le mot *nomen* est souvent employé dans le même sens, pour désigner un droit de créance. — A l'inverse, *obligatio* signifie quelquefois le rapport entre créancier et débiteur, considéré au point de vue passif, c'est-à-dire la dette : ainsi, *suscipere obligationem* veut dire contracter une dette, devenir débiteur.

Le mot *obligatio*, dans son sens propre et originaire, indique qu'une personne est liée. En passant dans la langue du droit, il a pris une acception métaphorique : une personne est liée, en ce sens qu'une autre personne peut exiger d'elle un certain service que de droit commun un homme ne peut pas exiger d'un autre homme. — La même observation s'applique au mot *nexum*.

Il est assez probable que, dans la langue du droit, le mot *obligatio* a désigné d'abord l'acte ou l'événement qui fait naître entre deux personnes déterminées ce rapport consistant en ce que l'une est tenue de rendre à l'autre un certain service; puis il a désigné le rapport lui-même, c'est-à-dire l'effet produit et non plus la cause productrice. Les Institutes définissent l'obligation *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* (4). Cette définition développe l'idée qu'exprime déjà par lui-même le mot *obligatio* : l'obligation est un lien, non un lien matériel, mais un lien de droit, un *vinculum juris*. Le débiteur n'est plus libre : il est tenu de rendre un certain service, *necessitate adstringitur alicujus solvendæ rei*. Comme le dit le jurisconsulte

(1) Inst., § 2 *De reb. incorpor.* (II, 2).

(2) Inst., § 2 *Quib. alien. lic. vel non* (II, 8). Voy. notre t. I, p. 589.

(3) Liv. III, Tit. 28.

Même dans le Code Napoléon, le mot *obligation* est pris quelquefois comme synonyme de *créance*. Ainsi, d'après l'art. 529, sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers; et l'art. 1567 suppose une dot qui comprend des obligations ou constitutions de rentes.

(4) Pr. *De oblig.* (III, 13).

Modestin, *debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest* (1). — Le service que doit rendre le débiteur, la *res solvenda,* peut être de différentes natures : *Obligationum substantia*, dit Paul, *non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* (2). Comme nous le verrons par la suite, un acheteur est tenu *ad dandum*, un vendeur est tenu *ad præstandum*, un mandataire est tenu *ad faciendum* (3). — Que signifient les derniers mots de la définition donnée aux Institutes, *secundùm nostræ civitatis jura ?* Pourquoi avoir mis le pluriel *jura* et non le singulier *jus ?* Cela se rattache à ce fait que parallèlement au droit civil le Préteur avait créé une législation distincte. Spécialement en ce qui concerne les obligations, il en est qui sont sanctionnées par le droit civil, il en est d'autres qui sont sanctionnées seulement par le droit prétorien (4).

Je puis signaler encore deux acceptions diverses du mot *obligatio*. Les jurisconsultes romains parlent quelquefois de *res obligata*, de *rei obligatio :* cela suppose qu'une chose est affectée au paiement d'une dette, qu'elle est hypothéquée. De même que la personne obligée peut être contrainte au paiement, de même la *res obligata* répond du paiement, en ce sens que le créancier à qui elle est ainsi affectée peut la vendre pour se payer sur le prix. — Enfin, dans certaines Constitutions du Bas-Empire on trouve le mot *obligatio* employé pour désigner, non pas le rapport existant entre le créancier et le débiteur, mais l'écrit qui constate l'établissement de ce rapport (5).

Comment peut-on classer les obligations en droit romain ? Sui-

(1) L. 108, D., *De verb. signif.*

(2) L. 3 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).

(3) Comp. Gaius, IV, § 2.

(4) Ce qui prouve surabondamment que tel est bien le sens des mots *secundùm nostræ civitatis jura*, c'est qu'immédiatement (§ 1 *eod. Tit.*) les rédacteurs des Institutes indiquent que toutes les obligations sont *civiles aut prætoriæ*.

(5) Même du temps des jurisconsultes, le mot *cautio* signifie à la fois l'acte de s'obliger et l'écrit qui constate l'obligation. — Dans notre pratique française, le mot *obligation* est souvent pris comme synonyme d'*acte notarié :* voy. Code Nap., art. 2122 et 2274.

vant le point de vue auquel on se place, on peut les classer de trois manières, comme il suit :

1° Toute obligation est civile ou prétorienne : *Omnium obligationum*, dit Justinien, *summa divisio in duo genera deducitur : namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt quæ aut legibus constitutæ aut certè jure civili comprobatæ sunt ; prætoriæ sunt quas Prætor ex suâ jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur* (1). La plupart des obligations sont civiles, en ce sens que le créancier a pour les faire exécuter une action qui a son principe dans le droit civil. Je citerai dès à présent, comme exemples d'obligations prétoriennes, c'est-à-dire d'obligations exécutoires seulement *tuitione Prætoris*, l'obligation qui dérive du pacte de constitut (2) et les obligations dont le père ou le maître peut se trouver tenu en vertu de contrats consentis par le fils ou par l'esclave (3).

2° On distingue l'*obligation proprement dite* et l'*obligation naturelle*. L'obligation proprement dite est celle en vertu de laquelle le créancier peut faire condamner le débiteur au paiement, ou, en d'autres termes, celle qui est munie d'une action soit *jure civili*, soit tout au moins *jure prætorio*. L'obligation proprement dite suppose une action établie au profit du créancier, et par là s'explique que les deux mots *obligatio* et *actio* soient souvent pris comme synonymes par les jurisconsultes romains. Quant à l'obligation naturelle, ce n'est pas un simple devoir de conscience : même en droit, elle produit des effets très-importants ; seulement, la personne tenue d'une obligation naturelle ne peut pas, en cette qualité, être poursuivie et condamnée : là où il y a simplement obligation naturelle, le créancier n'a pas ce moyen de contrainte qu'on appelle action. En un mot, l'obligation naturelle n'a pas toute l'énergie d'une obligation proprement dite ; du reste, nous verrons qu'on peut distinguer plusieurs variétés d'obligations naturelles d'après le degré d'efficacité qui leur est reconnu par la loi ou par les jurisconsultes (4).

(1) Inst., § 1 *De oblig.*

(2) Inst., §§ 8 et 9 *De action.* (IV, 6).

(3) Voy. le Titre des Institutes *Quod cum eo qui in alienâ potest.* (IV, 7).

(4) Je consacrerai quelques pages à la théorie des obligations naturelles en terminant la matière des obligations et avant d'entamer la matière des actions.

3° En s'attachant à la nature du fait qui donne naissance à l'obligation, on peut dire avec Gaius : *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (1). Mais cette classification n'est pas absolument complète : une obligation peut exister, quoiqu'il n'y ait eu, à vrai dire, ni contrat ni délit. Gaius lui-même le reconnaît lorsqu'il dit dans un autre ouvrage (*Lib.* II *Aureorum*) : *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (2). Du reste, parmi ces obligations qui naissent *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*, il y en a qui naissent d'un fait illicite, d'un fait qui ressemble à un délit, et il y en a d'autres au contraire qui naissent dans des circonstances telles qu'on pourrait croire qu'elles sont nées d'un contrat. On arrive ainsi à reconnaître quatre classes d'obligations : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (3).

La première source des obligations, c'est le contrat. Le contrat suppose le consentement : pour qu'il y ait contrat il faut de toute nécessité qu'il y ait accord de volontés entre les personnes dont l'une va devenir créancière et l'autre débitrice. Ainsi, pas de contrat sans convention. Mais, à l'inverse, il peut y avoir accord de volontés, ce qu'on appelle *convention* ou *pacte*, sans qu'il y ait pour cela contrat. En effet, une convention ne mérite le nom de *contrat* qu'autant qu'il peut en dériver une obligation déjà pourvue d'une action par l'ancien droit civil. Or, la règle générale est que le simple accord de volontés ne suffit pas pour engendrer une action : il faut qu'à cet accord de volontés vienne se joindre un autre élément, tel que la tradition d'une chose, des paroles, une écriture : cet élément, qui, joint à la convention, la rend obligatoire, est ce qu'on appelle proprement la *causa civilis*. — Toutes ces idées sont exprimées par Ulpien : *Conventionis verbum*, dit Ulpien, *generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causâ consentiunt qui inter se agunt : nàm, sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum*

(1) Comment. III, § 88.
(2) L. 1 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) Inst., § 2 (1er alinéa) *De oblig.*

colliguntur et veniunt, ità et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt... Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. Quæ pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractûs... (1). — En conséquence, les obligations contractuelles, considérées au point de vue de la *causa civilis* nécessaire pour qu'elles prennent naissance, sont ramenées à quatre espèces, comme le dit Justinien après Gaius : *aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu* (2). Quant aux obligations qui dérivent d'un délit, *unius generis sunt : nàm omnes ex re nasçuntur, id est ex ipso maleficio* (3).

Le simple pacte, qui ne produit pas d'action, peut du moins produire une exception. Quand nous disons qu'il ne produit pas d'action, nous laissons intacte la question de savoir s'il ne produit pas une obligation naturelle ; c'est une question qui aujourd'hui encore est débattue entre les interprètes et que plus tard nous examinerons avec soin. — Plusieurs pactes, qui ne sont pas appelés contrats parce que d'après l'ancien droit ils ne produisaient pas d'action, ont ensuite été pourvus d'une action, soit par des Constitutions impériales, soit par le Préteur : on dit alors qu'il y a *pacte légitime* ou *pacte prétorien*. C'est encore un point sur lequel nous aurons occasion de revenir (4).

Le pacte suppose l'accord des volontés ; l'une des parties fait une proposition, à laquelle adhère l'autre partie. Si je prends l'engagement de rendre à Titius un certain service, cela peut-il avoir quelque effet en l'absence de l'acceptation de Titius? La règle est qu'une pareille *pollicitatio* n'est point efficace par elle-même. Cependant les Romains la considéraient comme obligatoire quand elle était faite au profit d'une ville (5). Papinien fait une application assez remarquable de cette idée lorsqu'il décide que, si la personne tenue envers une ville *ex causâ pollicitationis* lègue à

(1) L. 1 § 3, L. 7 pr. et § 1, D., *De pactis* (2, 14).

(2) Inst., § 2 (2e alinéa) *De oblig.* Comp. Gaius, III, § 89.

(3) Inst, pr. *De oblig. quæ ex delicto nasc.* (IV, 1).

(4) La matière des obligations contractuelles une fois expliquée, nous parlerons spécialement des pactes.

(5) Voy. notamment Ulpien, L. 3, D., *De pollicitat.* (50, 12).

cette ville ce qu'elle lui doit déjà de cette manière, le legs est nul : *Verbis legati vel fideicommissi non necessariè civitati relinquitur quod ex causâ pollicitationis præstari necesse est : itaque, si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat Falcidiâ minuitur*... (1).

Nous venons de voir que les obligations, suivant le point de vue auquel on les envisage, peuvent être classées de trois manières différentes. Comme les rédacteurs des Institutes, c'est à la troisième classification que nous nous attacherons de préférence. Nous traiterons donc d'abord des obligations qui naissent *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, puis de celles qui naissent *ex delicto* ou *quasi ex delicto* (2).

I. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN CONTRAT.

DANS QUELS CAS L'OBLIGATION SE CONTRACTE *RE*.

Les rédacteurs des Institutes, au Titre *Quib. mod. re contrah. oblig.* (III, 14), s'occupent de quatre contrats qui se forment *re*. Ces quatre contrats sont : le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage. Quand on dit que ces contrats se forment *re*, on veut dire qu'ils n'existent qu'autant que le fait d'une tradition vient se joindre à l'accord des volontés. Du reste, cette tradition n'a pas toujours le même caractère : quelquefois (dans le cas de *mutuum*) elle transfère à l'*accipiens* la propriété même ; quelquefois (dans le cas de gage) elle lui transfère, sinon la propriété, du moins la pos-

(1) L. 5, D., *Ad leg. Falcid.* (35, 2).

(2) Je me borne à signaler une classification assez singulière indiquée par Modestin dans la L. 52, D., *De oblig. et act.* Dans cette classification figurent confusément plusieurs points de vue qu'il importe de soigneusement distinguer.

session proprement dite; quelquefois enfin (dans les cas de commodat et de dépôt) elle le met seulement *in possessione*.

Etudions successivement ces quatre contrats qui se forment *re*, c'est-à-dire *traditione*.

DU *mutuum*.

Le contrat appelé *mutuum* rentre dans l'hypothèse très-générale où il y a *creditum*, *res credita*. Cette dernière expression convient à tous les contrats *quos alienam fidem secuti instituimus... : nàm, cuicumque rei adsentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur* (1). Le *creditum* diffère du *mutuum* comme le genre diffère de l'espèce : ainsi, quand je remets à Titius une certaine chose qu'il s'oblige à me rendre, il y a bien *creditum*, il n'y a pas *mutuum;* de même, en l'absence d'une tradition, il peut bien y avoir *creditum*, il ne peut pas y avoir *mutuum* (2).

Trois éléments essentiels caractérisent le *mutuum*, savoir : 1° une aliénation ; 2° une obligation contractée par l'acquéreur, par l'*accipiens;* 3° cette obligation ayant pour objet des choses de même nature et de même valeur que celles qui ont été fournies.

1° Le contrat de *mutuum* ne se forme pas s'il n'y a pas aliénation faite par l'une des parties au profit de l'autre. *Res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus ut accipientium fiant...: undè etiam* MUTUUM *appellatum est, quia quod ità tibi a me datum est, ex meo tuum fiat* (3). En conséquence, il faut nécessairement que le *tradens*, celui qui joue le rôle de prêteur, soit propriétaire ou du moins ait pouvoir d'aliéner : un fils de famille ou un esclave qui a pouvoir d'aliéner les écus compris dans son pécule fait valablement le contrat de *mutuum* (4). Il faut, de plus, que ce *tradens* soit capable d'aliéner : ainsi, comme nous le savons, lors-

(1) Ulpien, L. 1, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(2) Paul, L. 2 § 3 *eod. Tit.*

(3) Gaius, III, § 90 ; Inst., pr. *Quib. mod. re contr. oblig.* Comp. Paul, L. 2 § 2, D., *De reb. cred.*

(4) Paul, *eod.* L. 2, § 4.

qu'un pupille non autorisé de son tuteur me remet, à titre de prêt, des écus qui lui appartiennent, il n'y a pas là un *mutuum* valable (1).

2° Le contrat de *mutuum* suppose essentiellement que l'*accipiens* s'oblige envers le *tradens : hoc animo datur et accipitur ut obligatio constituatur*. Il faut donc que cet *accipiens* ait la volonté de s'obliger (2). Il faut, de plus, qu'il soit d'une manière générale capable de s'obliger : aussi est-il certain qu'un pupille qui emprunte de l'argent *sine auctoritate tutoris* n'est pas tenu *ex mutui datione* (3); il pourrait seulement être condamné *quatenùs locupletior factus fuerit*. Mais il ne suffit même pas que l'*accipiens* ait la capacité générale de s'obliger; il faut encore qu'il puisse s'obliger spécialement par *mutuum*, et nous verrons plus tard que le Sénatusconsulte Macédonien, sauf certaines distinctions, avait retiré aux fils de famille la capacité dont il s'agit (4). — Celui qui est valablement obligé en vertu d'un *mutuum* se trouve tenu d'une action *stricti juris*, qu'on appelle la *condictio certi* (5) et dont ce n'est pas ici le lieu de nous occuper.

3° L'obligation contractée par l'*accipiens* n'a pas pour objet des corps certains, par exemple les mêmes écus qu'il a reçus; elle a pour objet la même valeur, cette valeur devant seulement être fournie en choses de la même espèce que celles qui ont été remises à titre de prêt : *nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur* (6). J'ai prêté à Titius une somme de 20,000 sesterces : non-seulement l'obligation de Titius n'est pas de me rendre les mêmes écus que je lui ai comptés, mais même, si je lui ai compté des pièces d'or, il peut me rendre des pièces d'argent, ou réciproquement (7). — Que décider lorsque, dans l'intervalle écoulé entre le contrat et le remboursement, il s'est produit un

(1) Gaius, II, § 82; Inst., § 2 (1er alinéa) *Quib. alien. licet vel non* (II, 8). Comp. notre t. I, p. 589.

(2) Paul, L. 3 § 1, D., *De oblig. et act.* (44, 7).

(3) Gaius, III, § 91; Inst., § 1 *Quib. mod. re contr. oblig.*

(4) Inst., § 7 *Quod cum eo contr. est* (IV, 7).

(5) Gaius, III, § 91; Inst., pr. *in fine* et § 1 *Quib. mod. re contr. oblig.*

(6) Gaius, III, § 90; Inst., pr. *Quib. mod. re contr. oblig.*

(7) *Pecuniam dicimur reddidisse quamvis numeravimus pro argenteis aureos* (Sénèque, *De beneficiis*, VI, 5).

changement soit dans la valeur réelle ou métallique des monnaies, soit dans leur valeur commerciale ou courante? Cette question générale se décompose évidemment en plusieurs questions particulières. Du reste, un seul et même principe va nous servir à résoudre ces différentes questions.

Si nous supposons d'abord que des pièces neuves, émises par le Gouvernement depuis le contrat, ont la même valeur extérieure ou courante que les pièces anciennes, bien qu'elles n'aient pas tout à fait la même valeur métallique, l'emprunteur pour s'acquitter n'aura qu'à donner le même nombre en pièces neuves qu'il a reçu en pièces anciennes : il rend ainsi la même somme qu'on lui a comptée. Maintenant supposons qu'une certaine pièce de monnaie qui valait 12 lors du contrat vaille 15 ou au contraire vaille seulement 8 à l'échéance : si la somme par moi empruntée m'a été remise en 100 de ces pièces, pour m'acquitter il me suffira d'en donner 80 dans le premier cas, tandis que dans le deuxième il faudra que j'en donne 150 (1).

Il est de l'essence du *mutuum* que l'emprunteur s'oblige à rendre, non pas les mêmes choses qu'il reçoit, mais la même valeur *in rebus ejusdem naturæ*. S'il était convenu que l'emprunteur devra rendre la chose même qu'il reçoit, il pourrait y avoir commodat, il n'y aurait pas *mutuum*. Dans le *mutuum*, l'obligation de l'emprunteur a pour objet, non pas un corps certain, mais une quantité. C'est encore la même idée qu'on exprime quand on dit que dans le *mutuum* les choses sont considérées comme fongibles; *altera alterius vice fungitur* : le prêteur n'attache aucune importance à recouvrer précisément les mêmes choses qu'il a fournies, il suffit qu'on lui rende des choses de la même espèce. Il faut bien remarquer que c'est exclusivement la volonté des parties qui donne aux choses ce caractère de fongibles. Il en résulte que l'expression *choses fongibles* n'est pas absolument synonyme de l'expression *choses qui se consomment par le premier usage*. Quand on emploie cette dernière expression, on considère les choses

(1) Le même principe est consacré dans l'art. 1895 du Code Napoléon : « S'il « y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, « le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que « cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. »

en elles-mêmes, d'après leur nature propre ; au contraire, on dit qu'une chose est ou n'est pas fongible d'après l'intention des parties. Par exemple, un livre n'est certainement pas une chose qui se consomme *primo usu* : on peut le lire et le relire bien des fois sans le détruire. Est-il une chose fongible? Cela dépend : si je prête à un de mes amis un livre que j'ai fait relier d'une certaine manière, sur lequel j'ai peut-être fait des annotations, il est évident que l'emprunteur devra me rendre ce livre lui-même et non un autre exemplaire ; si au contraire un libraire emprunte à son confrère un certain ouvrage pour le vendre, il est évident qu'il s'acquittera parfaitement en fournissant un autre exemplaire de la même édition. Les Institutes disent : *Mutui datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero mensurâve constant, veluti vino, oleo, frumento*... (1). La véritable règle de droit, c'est que le *mutuum* suppose essentiellement des choses fongibles, que du reste toutes choses sont fongibles par cela seul qu'il convient aux parties de leur assigner ce caractère (2).

Il existe certainement une grande analogie entre le cas de *mutuum* et le cas de quasi-usufruit (3). Je me borne à signaler trois différences principales ; 1° le *mutuum* est un contrat ; le quasi-usufruit, en général, s'établit par testament. 2° L'emprunteur doit rendre la valeur de ce qu'il a reçu, lorsque le terme à lui accordé se trouve échu; le droit du quasi-usufruitier finit nécessairement à la mort ou à la *capitis deminutio* de celui-ci. 3° Enfin le quasi-usufruit implique l'obligation de *satisdare*, de fournir caution; pour que celui qui emprunte à titre de *mutuum* ait à fournir quelque sûreté, il faut que les parties en soient spécialement convenues.

D'après l'idée originaire du *mutuum*, l'une des parties est obligée envers l'autre à la suite d'une aliénation faite par celle-ci au profit de celle-là. Je veux maintenant rechercher si les jurisconsultes romains sont toujours restés rigoureusement attachés à cette

(1) Pr. *Quib. mod. re contr. oblig.* Comp. Gaius, III, § 90.

(2) Ce que les Romains appelaient *mutuum* s'appelle chez nous *prêt de consommation*. L'expression n'est point heureuse; elle a probablement amené la disposition inexacte contenue dans l'art. 1894 du Code Napoléon.

(3) Voy. notre t. I, p. 537 et 538.

idée ou si au contraire ils y ont apporté quelques tempéraments.

Le prêteur pourrait-il, au moyen d'une clause ajoutée au *mutuum*, devenir créancier d'une valeur supérieure à celle qu'il a comptée ? En principe, il ne le peut pas. Sur ce point écoutons d'abord Ulpien : *Si tibi dedero decem ut novem debeas, Proculus ait, et rectè, non amplius te ipso jure debere quàm novem* (1). *Sed si dedero ut undecim debeas, putat Proculus amplius quàm decem condici non posse* (2). Et Paul exprime parfaitement le motif de cette décision : *Si tibi decem dem et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultrà decem : re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenùs datum sit* (3). En vertu du pacte ainsi ajouté au *mutuum*, il pourrait seulement y avoir obligation naturelle pour ce qui dépasse la valeur réellement fournie : c'est ce que dit expressément Ulpien lui-même (4).

Voici cependant certains cas exceptionnels dans lesquels il avait été admis que par la puissance de la convention l'emprunteur peut être contraint de payer plus qu'il n'a reçu :

1° Il y a *nauticum fœnus* ou *trajectitia pecunia* (5) lorsque je prête une somme d'argent qui doit être transportée au-delà des mers, ou avec laquelle doivent être achetées des marchandises qui seront transportées au-delà des mers (6). De plus, il doit être convenu que le transport s'effectuera aux risques du prêteur, en ce sens que, les écus ou les marchandises venant à se perdre dans un naufrage, le prêteur n'aura aucune action en remboursement (7). Comme compensation de ces risques, le taux des intérêts auxquels le prêteur peut avoir droit en cas d'heureuse traversée n'est assujetti à aucun maximum ; et, pour qu'il puisse exiger des intérêts, il suffit qu'un pacte soit intervenu à cet égard : *In quibusdam con-*

(1) Dans cette première espèce, il y a véritablement *mutuum* pour 9 et donation pour 1.

(2) L. 11 § 1, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(3) L. 17 pr., D., *De pactis* (2, 14). Voy. aussi *Sentences*, II, XIV, § 1.

(4) L. 5 § 2, D., *De solut.* (46, 3).

(5) Ce que nous appelons chez nous *prêt à la grosse aventure* (C. de comm., art. 311 et suiv.).

(6) Modestin, L. 1, D., *De nautico fœnore* (22, 2).

(7) Modestin, même L. 1 et L. 3, D.; Dioclétien et Maximien, L. 4, C., *De naut. fœn.* (4, 33).

tractibus, dit Paul, *etiam usuræ debentur quemadmodùm per stipulationem : nàm, si dedero decem trajectitia, ut salvâ nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere* (1). — La manière dont s'exprime Paul semble bien indiquer que le cas du *nauticum fœnus* n'est pas le seul dans lequel les intérêts peuvent être dus *ex pacto* : on décidait sans doute de même toutes les fois qu'il s'agissait d'un contrat aléatoire. Ainsi je prête une somme à un pêcheur *in apparatum*, et il est convenu qu'il me la rendra *si cepisset*, s'il prend du poisson ; ou bien, c'est à un athlète que je prête une somme *undè se exhiberet exerceretque*, et il est convenu qu'il me la rendra seulement *si vicisset*, s'il gagne le prix : *in his omnibus*, dit Scévola, *et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest* (2).

2° L'argent prêté par une ville produit intérêt en vertu d'un simple pacte. C'est ce que dit Paul : *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usuræ creditarum ab eis pecuniarum* (3).

3° Celui qui prête, non une somme d'argent, mais une certaine quantité de froment ou d'orge, peut valablement convenir qu'on lui rendra plus qu'il ne donne : *Frumenti vel hordei mutuo dati*, dit l'empereur Alexandre, *accessio etiam ex nudo pacto præstanda est* (4). Même il paraît qu'on avait fini par étendre cette décision à tous les cas où ce sont des fruits qui forment l'objet du prêt : *Oleo quidem*, dit l'empereur Philippe, *vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentà usurarum ejusdem materiæ suasit admitti* (5).

(1) L. 7, D., *De naut. fœn.*

(2) L. 5 § 1, D., *De naut. fœn.* — Le texte du *princ.* de cette L. 5 est évidemment corrompu.

Suivant M. de Savigny (*System*, t. VI, § 268, note *m*), dans le *nauticum fœnus* (et probablement aussi dans les contrats aléatoires analogues) il faudrait voir, non pas une espèce de *mutuum*, mais un contrat innomé *do ut des* pouvant produire une action *præscriptis verbis*. Cette idée, émise incidemment et sans aucune espèce de développement, ne me paraît pas admissible. Je me bornerai à faire remarquer les expressions de Paul : *Fœnerator, pecuniam usuris maritimis mutuam dando*..... (L. 6, D., *De naut. fœn.*).

(3) L. 30, D., *De usuris* (22, 1).

(4) L. 12, C., *De usuris* (4, 32).

(5) L. 23, C., *eod. Tit.* J'aurai occasion de revenir sur ce texte en traitant des actions et spécialement des *condictiones*.

— Sous un autre point de vue encore, des modifications ont été apportées à l'idée originaire du *mutuum* qui veut qu'il y ait aliénation faite par l'une des parties au profit de l'autre. Parmi les textes relatifs à cette matière, le plus important est un texte d'Africain, dont je veux tout d'abord donner la traduction :

« Un homme qui faisait les affaires de Lucius Titius, ayant tou-
« ché de l'argent des débiteurs de celui-ci, lui écrit pour l'infor-
« mer que par suite de son administration il a entre les mains une
« certaine somme et qu'il s'en constitue débiteur par emprunt
« avec intérêt à 6 p. 100 (1). On demande s'il y aura lieu à l'ac-
« tion qui naît du *mutuum*, et si les intérêts pourront être récla-
« més. Africain a répondu : Il n'y a point là argent prêté. Autre-
« ment il faudrait dire que tout contrat peut, en vertu d'un simple
« pacte, se transformer en prêt d'argent. On ne doit pas argumen-
« ter *a simili* de ce que, quand j'ai de l'argent déposé chez vous,
« si nous convenons que vous l'aurez comme argent prêté, il se
« forme un prêt : en effet, ici, les écus de miens deviennent
« vôtres. De même, lorsque sur mon ordre vous touchez l'argent
« qui m'est dû, c'est un prêt que je vous fais : ceci a été admis fa-
« vorablement. La preuve que cette doctrine est exacte, c'est que,
« lorsqu'un homme, voulant prêter de l'argent, donne son argen-
« terie à vendre, il ne pourra pas réclamer comme argent prêté la
« somme provenant de la vente ; et pourtant cette somme est aux
« risques de celui qui a reçu l'argenterie. Dans l'espèce proposée,
« il faut dire que le mandataire reste tenu de l'action *man-
« dati*, de telle sorte que, bien que les écus soient à ses risques, il
« devra cependant payer les intérêts convenus » (2).

Trois questions sont traitées ou tout au moins touchées dans ce texte. Reprenons-les successivement.

1° Vous me demandez de vous prêter 20 sous d'or ; je vous dis : « Allez toucher les 20 sous d'or que me doit Titius, et gardez-les comme *pecunia credita*. » Y a-t-il là véritablement un *mutuum?* La raison de douter, c'est que les 20 sous d'or que vous recevez ne m'ont jamais appartenu : nous n'avons pas ici une aliénation

(1) *Cum usuris semissibus*, 1/2 pour 100 par mois.
(2) L. 34 pr., D., *Mandati* (17, 1).

faite par moi à votre profit. Cependant Africain lui-même reconnaît que l'existence du *mutuum* a été admise ; mais il ajoute qu'elle ne l'a été que par faveur, *benignè*. Ulpien, de son côté, range la décision dont il s'agit parmi les *singularia recepta circà pecuniam creditam*, parmi les singularités reçues en matière d'argent prêté (1). Les écus, qui en fait ont passé de mon débiteur à vous, sont censés avoir passé d'abord de mon débiteur à moi et puis de moi à vous.

2° Je vous remets certains objets, par exemple des pièces d'argenterie qui m'appartiennent; il est convenu que vous pourrez les vendre et que vous garderez comme argent prêté le prix que vous en aurez retiré. Êtes-vous tenu envers moi *ex mutui datione ?* La somme que vous avez entre les mains est bien à vos risques, comme en général l'argent prêté est aux risques de l'emprunteur ; néanmoins, suivant Africain, il ne peut pas y avoir *mutuum :* en effet, *nummi non ex meis tui facti sunt*. Mais, sur ce point, Ulpien s'écarte de la doctrine rigoureuse d'Africain (2), et son opinion, plus conforme à la volonté des parties, paraît avoir prévalu (3).

3° Par suite d'une procuration que je vous avais donnée, vous avez touché des sommes qui m'étaient dues. Je pourrais vous demander compte par l'action *mandati directa*. Intervient alors entre nous une convention aux termes de laquelle l'argent que vous me devez comme mandataire, vous pourrez le garder comme emprunteur, en me payant 6 p. 100 d'intérêt par an. A ce sujet, Africain se demande s'il y a véritablement *mutuum*, si au lieu de l'action *mandati* je pourrai employer contre vous la *condictio certi*, et, de plus, si la convention relativement aux intérêts est obligatoire. « Il ne se forme pas de *mutuum*, dit Africain, car les écus que vous

(1) L. 15, D., *De reb. cred.*

(2) L. 11 pr., D., *De reb. cred.* — Ulpien se demande, à cette occasion, ce qui arriverait si les pièces d'argenterie que je vous ai remises venaient à périr sans votre faute avant d'être vendues. Le jurisconsulte tient pour parfaitement exacte la distinction proposée par Nerva. Étais-je dans l'intention de vendre les objets : c'est pour moi que sont les risques. Au contraire, ne me suis-je décidé à la vente que pour pouvoir vous faire un prêt : c'est sur vous que tombent les risques, surtout si j'ai bien voulu vous prêter sans intérêts.

(3) Dioclétien et Maximien, L. 8, C., *Si certum petatur* (4, 2).

avez entre les mains ne m'ont jamais appartenu, ils n'ont pas été aliénés par moi à votre profit. Ce n'est pas comme s'il s'agissait d'écus que j'aurais déposés *apud te:* malgré le dépôt, ils sont restés miens, et, quand il est convenu entre nous que vous les aurez comme argent prêté, ils deviennent vôtres (1) : l'élément nécessaire à la formation du *mutuum* se rencontre donc ici (2). Et, puisque dans notre espèce vous êtes tenu en vertu du mandat, c'est-à-dire en vertu d'un contrat de bonne foi, le pacte relatif aux intérêts est parfaitement obligatoire (3), tandis qu'il ne le serait point s'il se trouvait que c'est un pacte ajouté à un *mutuum.* » — Ici encore Ulpien s'est écarté de la doctrine rigoureuse d'Africain. Après avoir indiqué qu'il y a *mutuum* lorsque je vous ai permis de toucher ce qui m'est dû par un tiers et de vous servir des écus ainsi reçus, Ulpien ajoute : *Quod in duabus personis recipitur, hoc et in eâdem personâ recipiendum est, ut, cùm ex causâ mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* (4). Une fois admis, et Africain lui-même est obligé de l'admettre, qu'il y a *mutuum* lorsque vous recevez pour vous en servir l'argent qui m'est dû par un tiers, il est difficile de ne pas admettre également qu'il y a *mutuum* lorsque vous gardez pour vous en servir l'argent que vous-même me deviez comme mandataire.

(1) Le principe à cet égard est posé dans les Institutes, § 44 *De divis. rer.* (II, 1).

(2) On pourrait être tenté de faire une objection, et de dire : « Le mandant, comme le déposant, était propriétaire des écus : en effet, *per procuratorem placet adquiri possessionem et per hanc etiam dominium* (Inst., § 5 *Per quas pers. nob. adquir.*). » A cette objection la réponse est bien simple : le mandataire allant au loin recouvrer l'argent qui m'est dû, il ne peut pas avoir été dans notre intention qu'il cessât d'être propriétaire des écus tant qu'il ne les a pas réellement apportés dans la ville où je réside : autrement, s'il venait à les perdre dans le cours de son voyage, il n'aurait aucun moyen de les revendiquer.

(3) En général, le mandataire qui emploie à son propre usage les sommes dont il est comptable envers le mandant se soumet aux *maximæ usuræ*, aux intérêts à 12 pour 100 par an (Tryphoninus, L. 38, D., *De neg. gest.*). Dans notre espèce, le pacte qui fixe l'intérêt à 6 pour 100 par an tend donc *ad minuendam obligationem*; or, comme le dit Papinien, les pactes de ce genre, quoiqu'intervenant après coup, *contineri contractu videntur* (L. 72 pr., D., *De contrah. empt.*).

(4) L. 15, D., *De reb. cred.*

Après avoir parlé du *mutuum*, les rédacteurs des Institutes s'occupent d'un cas qui a quelque analogie avec le *mutuum*, du cas où une personne a reçu *non debitum ab eo qui per errorem solvit*. C'est l'objet du § 1 du Titre *Quib. mod. re contr. oblig.* Comme ici l'*accipiens* est obligé, non pas *ex contractu*, mais *quasi ex contractu*, nous expliquerons plus tard le cas dont il s'agit (1).

Observations générales sur les contrats de commodat, de dépôt et de gage.

Pour qu'il y ait *mutuum*, nous le savons, il faut qu'il y ait transport de propriété d'une partie à l'autre. Les trois contrats dont nous avons maintenant à parler se forment sans doute *re* comme le *mutuum;* mais dans ces trois contrats la tradition n'est point translative de la propriété, c'est seulement la possession ou même la simple détention qui passe du *tradens* à l'*accipiens*.

Voici une autre différence considérable. La partie qui se trouve obligée *ex mutui datione* est tenue de fournir une quantité, une somme : il en résulte que, l'objet ne pouvant pas périr, il ne saurait être question, en principe, de l'extinction de l'obligation *rei debitæ interitu*. Au contraire, l'obligation qui résulte immédiatement du commodat, du dépôt ou du gage, cette obligation a pour objet un corps certain. C'est une idée sur laquelle insiste Gaius. Après avoir parlé du *mutuum*, il ajoute : *Is quoque cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur; sed is de eâ ipsâ re, quam accepit, restituendâ tenetur... Is quoque apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur... Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de eâ ipsâ re, quam accepit, restituendâ tenetur...* (2). — L'obligation du commodataire, du dépositaire, du créancier gagiste, ayant pour objet un corps certain, il s'ensuit que cette obligation peut être éteinte par un mode qui en général est inapplicable à l'obligation de somme ou de quantité : je veux parler de la perte

(1) Sur le § 6 *De oblig. quasi ex contr.* (III, 27), où les rédacteurs des Institutes s'en occupent de nouveau.

(2) L. 1 §§ 3, 5 et 6, D., *De oblig. et act.* (44, 7). Comp. Inst., §§ 2, 3 et 4 *Quib. mod. re contr. oblig.*

de la chose due, lorsque cette perte est arrivée par cas fortuit. Cela est exprimé par Gaius (1), et cela se retrouve également aux Institutes de Justinien (2). Lors même que le débiteur du corps certain qui a péri ne serait pas absolument exempt de faute, il est possible, suivant les cas, qu'il se trouve libéré *interitu rei :* ainsi, par exemple, le dépositaire n'est responsable de la perte qu'autant qu'elle a été amenée par son dol (3). Mais ceci rentre dans la *théorie des fautes*, à laquelle nous consacrerons plus tard un examen particulier (4). — Remarquons dès à présent que, si lors du contrat il y avait eu estimation de la chose prêtée, déposée ou engagée, les parties seraient réputées avoir voulu que même la perte arrivée par cas fortuit ne libérât pas le débiteur. Ulpien l'exprime notamment à propos du commodat : *Si fortè res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit* (5).

Voici une dernière différence entre le *mutuum* et les trois autres contrats réels. Le *mutuum* produit une obligation unique, obligation à la charge de l'emprunteur, obligation garantie par la *condictio certi* que peut employer le prêteur : il est impossible que le prêteur se trouve obligé en vertu du *mutuum* (6). En un mot, le *mutuum* est ce que nous appelons proprement chez nous un contrat *unilatéral*. Les choses se passent-elles ainsi dans les trois autres contrats réels? Certes, une seule des parties se trouve immédiatement obligée en vertu du contrat : celle des parties à qui la chose est livrée doit la restituer, et, quant à l'autre partie, pour le moment elle ne doit rien. Ainsi, dès l'instant où le contrat est formé, le commodataire se trouve tenu de l'action *commodati*, le déposi-

(1) Même L. 1, § 4, D., *De oblig. et act.*

(2) § 2 et § 4 *in fine Quib. mod. re contr. oblig.*

(3) Inst., § 3 *eod. Tit.*

(4) Après avoir terminé la matière des obligations et avant d'aborder celle des actions.

(5) L. 5 § 3, D., *Commodati* (13, 6).

(6) Le prêteur ne serait-il donc pas tenu si méchamment il avait remis à l'emprunteur des objets susceptibles de lui nuire, par exemple, des animaux atteints d'une maladie contagieuse? Sans doute il pourrait être tenu; mais l'emprunteur n'exercerait point une action dérivant du *mutuum*, il devrait recourir à l'action *de dolo*.

taire de l'action *depositi*, le créancier gagiste de l'action *pigneratitia*. Cette action, qui a surtout pour objet la restitution de la chose, est qualifiée *actio directa*, parce qu'elle est l'effet immédiat et nécessaire du contrat. On la distingue ainsi de l'*actio contraria*, qui peut naître *ex post facto* pour garantir une obligation dont se trouverait tenu le commodant, le déposant ou celui qui a donné la chose en gage. Supposons, par exemple, que le commodataire fasse pour la chose à lui prêtée des dépenses nécessaires, des dépenses sans lesquelles la chose périrait : il est juste que le commodant lui en tienne compte, et, en conséquence, au profit du commodataire a été établie une action *commodati contraria*, qui se trouve être précisément l'inverse de l'action *commodati directa* et qui, à la différence de celle-ci, n'existe qu'accidentellement là où s'est formé le contrat de commodat. Chez nous, on exprime la même idée en disant que les contrats de commodat, de dépôt et de gage sont des *contrats synallagmatiques imparfaits* (1). Il est à remarquer que, tandis que l'obligation unique résultant du *mutuum* est *stricti juris*, la double action que peut produire le commodat, le dépôt ou le gage, est toujours *bonæ fidei* (2). C'est un point sur lequel nous reviendrons plus tard.

Après ces notions communes aux contrats de commodat, de dépôt et de gage, étudions successivement les principes particuliers à chacun d'eux.

Du commodat.

Comment le commodat se distingue-t-il du *mutuum?* A quel signe reconnaîtrons-nous si tel contrat est un commodat ou un *mutuum?* Ce n'est pas précisément à la nature de la chose qui fait l'objet du contrat; c'est plutôt à l'intention des parties. Les parties ont-elles entendu que la chose livrée à l'emprunteur devrait par lui être rendue *in specie* : il y a commodat. Ont-elles entendu, au contraire, que l'emprunteur devrait rendre, non pas individuellement les mêmes objets qu'il reçoit, mais des objets du

(1) Voy. notamment Pothier, *Traité des obligations*, n° 9.
(2) Inst., § 28 *De action.* (IV, 6).

même genre ayant la même valeur : il y a *mutuum*. La preuve qu'il en est bien ainsi, c'est qu'il peut y avoir commodat lors même qu'une somme d'argent est remise à l'emprunteur : *Non potest commodari*, dit Ulpien, *id quod usu consumitur, nisi fortè ad pompam vel ostentationem quis accipiat*. Et Gaius dit de même : *Sæpè ad hoc commodantur pecuniæ ut dicis gratiâ, numerationis loco intercedant* (1). Réciproquement, comme je l'ai déjà remarqué, le *mutuum* peut très-bien avoir pour objet des choses dont il est impossible en général de dire qu'elles se consomment *primo usu*, des livres, des bœufs, etc.

Le commodat peut-il avoir pour objet, non-seulement un meuble, mais même un immeuble? Au fond, l'affirmative paraît avoir toujours été admise : *Inter commodatum et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse quantum inter genus et speciem : commodari enim rem mobilem, non etiam soli; utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, propriè commodata res dicitur et quæ soli est. Idque Cassius existimat; Vivianus etiam habitationem commodari posse ait* (2).

Le *mutuum*, avons-nous dit, suppose une aliénation : il faut donc que celui qui joue le rôle de prêteur soit propriétaire ou du moins qu'il ait pouvoir d'aliéner. Au contraire, comme le commodataire est simplement mis en possession de la chose, il n'est point indispensable, pour faire un commodat, d'être propriétaire, il suffit de détenir la chose : *Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus;ità ut, etsi fur vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem* (3).

Le commodataire, qui ne devient point propriétaire, n'acquiert même pas la possession proprement dite : *Rei commodatæ*, dit Pomponius, *et possessionem, et proprietatem retinemus* (4). A vrai dire, le commodataire n'est qu'un instrument de possession pour le commodant; et, si, par exemple, celui-ci était *in causâ usucapiendi* lorsque le contrat se forme, il pourrait continuer et achever l'usucapion par le ministère du commodataire.

(1) L. 3 § 6 et L. 4, D., *Commod.* (13, 6).
(2) Ulpien, L. 1 § 1, D., *Commod.*
(3) Paul, L. 15, et Marcellus, L. 16, D., *Commod.*
(4) L. 8, D., *Commod.*

Le *mutuum*, en lui-même, est un contrat à titre gratuit de la part du prêteur : le prêteur rend service à l'emprunteur, sans retirer personnellement du contrat aucune espèce de profit. Seulément, le prêteur peut très-bien ajouter au *mutuum* une stipulation (ou même dans certains cas un simple pacte) de manière à pouvoir exiger des intérêts : alors l'opération est à titre onéreux, elle est intéressée de part et d'autre. — La gratuité est, au contraire, de l'essence du commodat : si, en vous remettant une chose pour vous en servir, j'exige de vous quelque équivalent de l'usage que vous allez en faire, il est impossible que le contrat formé entre nous soit un commodat. *Commodata res*, dit Justinien, *tunc propriè intelligitur si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ res tibi utenda data est : alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur : gratuitum enim debet esse commodatum* (1).

Dans ses rapports avec le commodant, il est de principe que le commodataire a le droit de se servir de la chose, c'est-à-dire d'en retirer toute l'utilité dont elle est susceptible d'après sa nature et d'après sa destination. Seulement, il est possible que ce *jus utendi* du commodataire ait été restreint par la convention : il peut avoir été convenu expressément ou même tacitement que le commodataire fera de la chose tel usage et non pas tel autre. En cas pareil, si le commodataire contrevenait à la défense, non-seulement il manquerait à son obligation de commodataire, mais il commettrait même un *furtum usûs ;* il serait donc passible et de l'action *commodati directa* et de l'action *furti* (2).

Nous l'avons dit, l'obligation principale du commodataire, c'est de restituer la chose qui lui a été prêtée. Cette obligation entraîne évidemment celle de conserver la chose. Le commodataire qui restitue la chose est néanmoins tenu si elle se trouve dégradée par son fait ou par sa faute.

Quant au commodant, si le contrat n'a pas pour effet direct de

(1) Inst., § 2 *in fine Quib. mod. re contr. oblig.* — Dès que le *tradens* reçoit ou doit recevoir quelque rémunération *pro usu rei*, il est certain qu'il n'y a pas commodat. Mais y a-t-il toujours louage ? Oui, si la rémunération consiste en une somme d'argent. Si elle consistait en une autre valeur, il y aurait contrat innomé pouvant donner lieu à une action *præscriptis verbis*.

(2) Inst., § 6 *De oblig. quæ ex delicto nasc.* (IV, 1).



l'obliger, il peut cependant se trouver obligé d'indemniser le commodataire, lorsque par son dol il lui a causé un dommage ou lorsque le commodataire a fait des dépenses sans lesquelles la chose eût péri. *Possunt justæ causæ intervenire,* dit Gaius, *ex quibus cum eo qui commodàsset, agi deberet : veluti, de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam, requirendi reducendique ejus causâ, factæ essent. Nàm cibariorum impensæ, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet : modica enim impendia verius est ut, sicuti cibariorum, ad eumdem pertineant. Item qui sciens vasa vitiosa commodarit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est* (1).

Était-il bien nécessaire de créer, au profit du commodataire, cette *actio contraria?* Ne suffisait-il pas de permettre au juge de l'*actio directa* de faire entrer en ligne de compte les réclamations que le commodataire peut avoir ainsi à former et de diminuer d'autant le chiffre de la condamnation sollicitée par le commodant? Cela ne suffirait pas toujours. C'est ce que montre très-bien Gaius : *Quod contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideò de restituendâ re cum eo non agatur quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est : dicemus necessariam esse contrariam actionem* (2). Voici donc trois cas dans lesquels, si le commodataire n'avait que le droit d'opposer la compensation sur l'*actio directa,* il ne pourrait pas se faire indemniser ou du moins il n'obtiendrait qu'une indemnité incomplète : 1° l'indemnité qui lui est due se trouve être supérieure à la valeur actuelle de la chose, par conséquent au chiffre de la condamnation à laquelle peut aboutir l'action directe ; 2° le juge de l'action directe ne peut ou ne veut tenir compte de la créance alléguée par le défendeur ; 3° il n'y a pas lieu d'intenter l'action directe, parce que la chose a péri par cas

(1) L. 18 §§ 2 et 3, D., *Commod.*
(2) L. 18 § 4, D., *Commod.*

fortuit ou parce qu'elle a déjà été restituée à l'amiable (*sine judice*). On peut ajouter comme quatrième cas où l'action contraire est indispensable le cas suivant indiqué par Paul : *Rem commodatam perdidi et pro eâ pretium dedi, deindè res in potestate tuâ venit : Labeo ait contrario judicio aut rem mihi præstare te debere aut quod a me accepisti reddere* (1).

Du dépôt.

Si le commodat en principe est purement dans l'intérêt du commodataire, à l'inverse le dépôt est purement dans l'intérêt du déposant. Un homme qui part pour un voyage remet en dépôt à un ami un objet précieux, non pas pour qu'il s'en serve, mais pour qu'il le garde.

Très-anciennement, et encore du temps de Gaius, le dépôt s'effectuait au moyen d'une aliénation, à laquelle on ajoutait un contrat de fiducie. *Cum fiduciâ contrahitur*, dit Gaius, *cum amico quòd tutiùs nostræ res apud eum essent* (2). — Dans ce qu'on appelle proprement le *contrat de dépôt*, le déposant reste propriétaire et possesseur : comme le commodataire, le dépositaire est seulement mis *in possessione*.

De ce que le dépôt est dans l'intérêt du déposant, c'est-à-dire du créancier, il s'ensuit naturellement que, si un terme avait été apposé à l'obligation du dépositaire, cela n'empêcherait point le déposant de pouvoir exiger la restitution avant l'échéance. — Une autre conséquence du même principe, c'est que le dépositaire est responsable seulement de son dol, non de sa simple faute (3).

Le dépositaire doit garder la chose; en principe, il n'a pas le droit de s'en servir. S'il s'en servait, il y aurait de sa part *furtum usûs*, il serait passible de l'action *furti* (4).

De même que le commodat, le dépôt est essentiellement gratuit. Si la personne qui doit garder la chose recevait ou se faisait pro-

(1) L. 17 § 5, D., *Commod.*
(2) Comment. III, § 60.
(3) Inst., § 3 *Quib. mod. re contr. oblig.*
(4) Inst., § 6 *De oblig. quæ ex del. nasc* ; Paul, L. 29 pr., D., *Depositi* (16, 3).

mettre pour ce service une rémunération, nous aurions une *locatio operarum* ou un contrat innomé, nous n'aurions plus un dépôt.

L'action *depositi directa* est donnée au déposant pour se faire restituer la chose. Le dépositaire, de son côté, peut avoir à réclamer une indemnité, et il exercera dans ce but une *actio contraria*. A la différence du commodataire, il a droit de se faire tenir compte même des frais de nourriture d'un esclave ou d'un animal; de même, si la chose déposée lui a causé un dommage, pour que le déposant en soit responsable, il suffit qu'il y ait eu faute de sa part.

Nous parlerons plus tard du dépôt nécessaire ou misérable, c'est-à-dire du dépôt fait dans des circonstances telles que le déposant n'a pas pu choisir le dépositaire (*tumultûs, incendii, ruinæ vel naufragii causâ*). Mais c'est ici le lieu de dire quelques mots d'une espèce particulière de dépôt qu'on appelle *sequestre*. Il y a sequestre lorsque, une chose étant litigieuse entre plusieurs parties, on la confie à un tiers. Voici la définition et l'étymologie que Modestin donnait du mot *sequestre* : SEQUESTER *dicitur apud quem plures eamdem rem, de quâ controversia est, deposuerunt : dictus ab eo quod occurrenti, aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur* (1). Le sequestre n'est pas absolument dans la même position que l'homme entre les mains de qui une chose commune à plusieurs aurait été déposée par les différents co-propriétaires: celui-ci ne pourrait se libérer qu'en restituant la chose à tous les déposants; au contraire, le sequestre doit restituer à celle des parties qui gagne le procès. C'est ce que dit Florentinus : *Licet deponere tàm plures quàm unus possunt, attamen apud sequestrum non nisi plures deponere possunt : nàm tùm id fit cùm aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse; quod aliter est cùm rem commùnem plures deponunt* (2). De quelle action le sequestre sera-t-il tenu envers la partie victo-

(1) L. 110, D., *De verbor. signific.* (50, 16). Comp. Paul, L. 6, D., *Depositi* (16, 3).

(2) L. 17 pr., D., *Depositi*. Comp. mon traité *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 152.

rieuse? *Cum sequestre*, dit Pomponius, *rectè agetur depositi sequestrariâ actione : quam et in heredem ejus reddi oportet* (1).

Voici une autre différence fort remarquable entre le dépôt ordinaire et le sequestre. Le sequestre n'est pas seulement *in possessione*, il a la possession proprement dite. Comme l'indique Florentinus, *rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est : nàm tùm demùm sequester possidet : id enim agitur eâ depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat* (2). Ainsi Numerius Negidius possédait une chose de manière à pouvoir l'usucaper; avant qu'il n'ait accompli l'usucapion, Aulus Agerius revendique la chose, qui alors est mise en sequestre : il ne faut pas que Numerius Negidius puisse par le ministère du sequestre accomplir l'usucapion *inter moras litis* à l'encontre d'Aulus Agerius. Les deux parties, en remettant la chose en sequestre, ont précisément l'intention de rester jusqu'à la sentence dans la position respective où elles se trouvent aujourd'hui. Le sequestre n'est donc jamais un instrument de possession pour l'un des plaideurs à l'encontre de l'autre. Mais ne pourrait-il pas être un instrument de possession pour celui des plaideurs qui triomphera, à l'encontre du tiers qui en réalité était propriétaire de la chose? C'est ici une tout autre question; et, pour la résoudre, il faut rechercher quelle a été l'idée des parties quand elles ont confié la chose au sequestre. *Interesse puto*, dit Julien, *quâ mente apud sequestrem deponitur res. Nàm, si omittendæ possessionis causâ, et hoc apertè fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet ; at, si custodiæ causâ deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat* (3).

L'obligation du dépositaire a pour objet un corps certain. Lors même que c'est une somme d'argent qui est déposée, le principe est que le déposant reste propriétaire des écus formant la somme, et que le dépositaire doit rendre précisément les mêmes écus qui lui

(1) L. 12 § 2, D., *Depositi.*
(2) L. 17 § 1, D., *Depositi.*
(3) L. 39, D., *De adquir. vel amitt. poss.* (41, 2).



ont été comptés (1). Mais que décider si au moment du dépôt il a été expressément convenu que le dépositaire n'aurait pas à rendre les mêmes écus, qu'il lui suffirait de rendre la même somme, *tantumdem?* Nous sommes ici en dehors des termes habituels du dépôt : *egreditur ea res*, dit Papinien, *depositi notissimos terminos* (2). Paul dit également *eum contractum depositæ pecuniæ modum excedere* (3). S'ensuit-il qu'il y ait là un *mutuum*, et non pas un dépôt, ce qui aurait notamment pour conséquence que des intérêts ne pourraient pas être dus sans stipulation? Non : les jurisconsultes romains admettent, conformément à l'intention des parties, qu'il y a là un dépôt modifié par un pacte et que l'action *depositi* pourra être employée (4). C'est ce que les interprètes ont appelé le *dépôt irrégulier*. — Pour que le dépositaire soit ainsi tenu de rendre *tantumdem*, il n'est même pas nécessaire qu'il y ait eu à cet égard une convention expresse. Voici, en effet, ce que dit le jurisconsulte Alfenus : *Si quis pecuniam numeratam ità deposuisset ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantumdem pecuniæ solveret* (5). — Remarquons enfin qu'un privilége était accordé à celui qui avait déposé de l'argent chez un banquier (*argentarius, mensularius, nummularius*). Du reste, en ce qui concerne le rang de ce privilége, les textes donnent lieu à une véritable difficulté (6).

Du gage.

Le gage diffère des contrats dont nous avons parlé jusqu'ici en ce qu'il présuppose une créance dont il est destiné à garantir le

(1) Nous avons vu une application de ce principe dans la L. 34 pr. *Mandati*. Ci-dessus, p. 158 et 160.

(2) L. 24, D., *Depositi*.

(3) L. 26 § 1 *eod. Tit.*

(4) Voy. les deux mêmes textes qui viennent d'être cités. Voy. aussi Papinien, L. 25 § 1 *eod. Tit.*

(5) L. 31, D., *Locati* (19, 2).

(6) Ulpien, L. 24 § 2, D., *De reb. auctorit. jud. possid.* (42, 5); L. 7 §§ 2 et 3 *Depositi*. La conciliation proposée par M. de Vangerow a été admise comme la plus probable par M. Pellat (*Textes choisis des Pandectes*, p. 75 et suiv.).

paiement. C'est un contrat *accessoire,* et non un contrat *principal.*

Du temps de Gaius, le gage, comme le dépôt, pouvait encore résulter d'une aliénation avec contrat de fiducie (1). Paul lui-même, dans ses *Sentences,* traite bien du gage proprement dit; mais il traite également de la *fiducie* (2).

Le créancier qui reçoit une chose en gage acquiert sur cette chose un droit réel *sui generis,* garanti par l'action quasi Servienne ou hypothécaire (3), — à condition, bien entendu, que la chose fût *in bonis* de celui qui la remet en gage. Le créancier acquiert de plus la possession, de manière à pouvoir employer un interdit s'il vient à être troublé ou même à perdre la chose : on a voulu qu'il ne fût pas alors dans la nécessité de recourir au propriétaire. Du reste, en ce moment nous nous bornons à considérer le gage comme un contrat productif d'obligations; et ce que nous avons à dire s'appliquerait même au cas où la chose aurait été remise au créancier, *pignoris nomine*, par un non-propriétaire (4).

Le créancier qui reçoit une chose en gage s'oblige à la restituer dès qu'il aura été désintéressé. Tel est l'objet principal de l'action *pigneratitia directa.* L'exercice de cette action, disons-nous, suppose, en principe, que le créancier gagiste a été désintéressé : ce créancier peut retenir la chose par-devers lui tant qu'il n'est pas intégralement payé. Voici comment Ulpien développe cette règle : *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum, ut nascatur pigneratitia actio.* SATISFACTUM *autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum. Sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nudâ conventione : nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit* (5).

Il y a même un cas où, d'après une Constitution de l'empereur

(1) Comment. II, § 60.

(2) Comp. Liv. II, Tit. v et Tit. xiii.

(3) Inst., § 7 *De action.* (IV, 6).

(4) Ulpien applique cette idée lorsqu'il dit : *Is quoque qui rem alienam pignori dedit, solutâ pecuniâ potest pigneratitiâ experiri.* L. 9 § 4, D., *De pignerat. act.* (13, 7).

(5) L. 9 § 3, D., *De pignerat. act.*

Gordien, le débiteur qui a payé intégralement la dette pour laquelle il avait engagé sa chose, ne peut cependant pas exiger la restitution de cette chose. Voici, en effet, le langage que l'empereur tient au créancier : *Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris* (1). Il y a dol de la part du débiteur qui, ayant payé la dette pour laquelle il a engagé la chose, mais restant tenu d'une autre dette (actuellement exigible) envers le même créancier, prétend se faire restituer sa chose : pour pouvoir exiger cette restitution, il faudra qu'il ait payé même la dette chirographaire (2). — Du reste, le créancier gagiste n'est investi du droit dont il s'agit qu'à l'encontre du débiteur : il ne pourrait pas l'invoquer vis à vis d'un créancier hypothécaire postérieur. *Quod in secundo creditore,* ajoute Gordien, *locum non habet : nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.* Le second créancier, pour obtenir le gage du premier, n'a besoin que d'offrir à celui-ci le montant de la dette pour laquelle le gage lui a été consenti.

L'action *pigneratitia directa* peut être intentée, non-seulement à l'effet d'obtenir la restitution de la chose lorsque le montant de la dette a été compté au créancier, mais encore à l'effet d'obtenir de lui l'excédant de la valeur de la chose sur le montant de la dette lorsque, non payé à l'échéance, il a procédé à la *distractio pignoris.* Comme le dit Papinien, *creditor, judicio quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur* (3).

En principe, le créancier gagiste n'a pas le droit de se servir de la chose engagée : comme le dépositaire, en s'en servant il commet un *furtum usûs*, du moins lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière. *Si pignore creditor utatur,* dit Gaius, *furti tenetur* (4).

(1) L. un., C., *Etiam ob chirograph. pecun. pignus teneri posse* (8, 27).

(2) Pothier explique la faculté accordée au créancier par l'idée d'une saisie-arrêt qu'il fait sur lui-même (*Traité du contrat de nantissement*, n° 47). Chez nous, la disposition analogue du Code Napoléon (art. 2082, 2e alinéa) ne peut s'expliquer que par l'idée d'une convention tacite entre les parties. Comp. MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. III, § 434.

(3) L. 42, D., *De pignerat. act.*

(4) L. 54 pr., D., *De furtis* (47, 2). Voy. aussi Inst., § 6 *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1).

En ce qui concerne les fruits de la chose engagée, le droit commun est que le créancier peut les prendre, mais à la charge de les imputer sur le montant de ce qui lui est dû : *Ex pignore percepti fructus*, disent les empereurs Sévère et Antonin, *imputantur in debitum : qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus; si debitum excedunt, qui supererunt redduntur, videlicet motâ actione pigneratitiâ* (1). — Il peut, d'ailleurs, être convenu, au moment où la chose est donnée en gage, que le créancier prendra les fruits pour lui tenir lieu d'intérêts. Nous avons alors un contrat aléatoire, qu'on appelle *antichrèse*. Marcien suppose que la convention d'antichrèse a été ainsi ajoutée au contrat de gage lorsqu'il dit : *Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitiâ actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν* (2) : *nàm, cùm pignus sit, hoc verbo poterit uti* (3). Du reste, il est généralement admis que, d'après le même Marcien, il pourrait y avoir antichrèse indépendamment d'un contrat de gage proprement dit (4). — Enfin, pour que le créancier gagiste ait le droit de prendre en bloc tous les fruits *pro usuris*, il n'est même pas indispensable qu'on l'ait dit expressément : il peut y avoir une clause d'antichrèse tacite. C'est du moins ce que paraît indiquer le jurisconsulte Paul : *Cùm debitor gratuitâ pecuniâ utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere* (5).

— Jusqu'ici nous avons surtout parlé des obligations du créancier gagiste, ou, en d'autres termes, de l'action *pigneratitia directa*. Quant à l'action *pigneratitia contraria*, elle peut être employée par ce créancier, s'il a fait des dépenses nécessaires à la conservation de la chose, si par suite d'une faute imputable à celui qui a donné la chose en gage elle a causé un préjudice à celui qui l'a

(1) L. 1, C., *De pignerat. act.* (4, 24). Voy. aussi Alexandre, LL. 2 et 3 *eod. Tit.*

(2) De même que *pignus* désigne souvent la chose engagée, de même ἀντίχρησις désigne ici la chose engagée avec la clause particulière dont nous parlons.

(3) L. 33, D., *De pignerat. act.* Voy. aussi Philippe, L. 17, C., *De usuris* (4, 32).

(4) L. 11 § 1, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).

(5) L. 8, D., *In quib. caus. pignus* (20, 2). Peut-être les mots *ad legitimum modum* ont-ils été ajoutés par Tribonien.

reçue (1), enfin s'il se trouve que la chose donnée en gage était une *res aliena* ou une chose déjà hypothéquée à un tiers. Dans ce dernier cas, il y aurait même lieu à une poursuite extraordinaire, *stellionatûs nomine*, si celui qui a remis la chose en gage était de mauvaise foi et n'a pas averti le créancier (2).

Nous verrons plus tard (notamment en traitant du contrat de vente) s'il n'existe pas encore d'autres cas où une obligation se trouve formée *re*. Constatons dès à présent qu'à côté des actions *commodati, depositi, pigneratitia,* il n'en existe aucune qui corresponde spécialement à un certain contrat réel.

DES OBLIGATIONS QUI SE CONTRACTENT *VERBIS*.

I. NOTIONS GÉNÉRALES.

L'obligation verbale, comme toute autre obligation contractuelle, suppose avant tout que les parties entre lesquelles elle se forme ont été d'accord pour la faire naître : en effet, il ne peut pas y avoir de contrat sans consentement. Comme le dit très-bien Paul, *verborum quoque obligatio constat si inter contrahentes id agatur : nec enim, si per jocum puta vel demonstrandi intellectûs causâ ego tibi dixero* SPONDES? *et tu responderis* SPONDEO, *nascetur obligatio* (3).

Nous avons, aux Institutes, un Titre *De verborum obligatione* (Liv. III, Tit. XV); mais, indépendamment de ce Titre, les cinq suivants se rapportent encore à la matière des obligations formées *verbis*.

Au premier abord, on peut être étonné de cet intitulé *De verborum obligatione* (4). En effet, la seule forme de contrat verbal dont

(1) Pomponius, L. 8 pr., et Africain, L. 31, D., *De pignerat. act.*
(2) Paul, L. 16 § 1, et Ulpien, L. 36 § 1, D., *De pignerat. act.*
(3) L. 3 § 2, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(4) Le Digeste contient également un Titre *De verbor. oblig.* (45, 1).

il soit question aux Institutes, c'est la stipulation (1). Pourquoi donc, dans la rubrique de notre Titre, n'avoir point parlé tout simplement des obligations formées par stipulation ? Il y a là un souvenir de l'ancien droit. Anciennement une obligation pouvait être contractée *verbis* sans stipulation, soit dans le cas de la *dictio dotis*, soit dans le cas de la *jurata promissio liberti*. Très-probablement dans les Institutes de Gaius, qui, comme on sait, ont servi de modèle aux Institutes de Justinien, il était question, non-seulement des obligations qui résultent de la stipulation, mais encore des deux autres espèces d'obligations verbales (2). Ainsi s'explique l'emploi de l'expression générale *verborum obligatio*. — Avant de parler de la stipulation, disons seulement quelques mots des deux autres formes d'obligations verbales. C'est surtout dans l'*Epitome* de Gaius, qui faisait partie du *Bréviaire d'Alaric*, que des indications, bien incomplètes du reste, nous sont données à cet égard (3).

Dictio dotis. — L'*Epitome* de Gaius, après avoir parlé de la stipulation, s'exprime ainsi : *Sunt et aliæ obligationes quæ nullâ præcedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jàm marito, dotem dicat* (4). Ainsi l'obligation se forme au moyen de paroles que prononce la personne qui veut devenir débitrice, sans qu'il y ait besoin que ces paroles aient été précédées d'une interrogation adressée par le mari, qui va devenir créancier. Celui-ci ne devait-il pas du moins adhérer *verbis* à la déclaration de l'autre partie ? Sur ce point nous sommes réduits aux conjectures. — L'obligation résultant de la *dictio dotis*, comme celle qui résulte de la stipulation, peut avoir pour objet toute espèce de choses, soit mobilières, soit immobilières (5). — Ce

(1) *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cùm quid dari fierive nobis stipulamur* (pr. *De verb. oblig.*).

(2) Après le § 95 du Commentaire III, il y a dans le manuscrit de Vérone une page illisible. C'est là, suivant toute apparence, que Gaius parlait de la *dictio dotis* et de la *jurata promissio liberti*.

(3) Je suis disposé à croire que le rédacteur de l'*Epitome* a puisé dans les Institutes de Gaius ; suivant certains auteurs, les détails relatifs à la *dictio dotis* et à la *jurata promissio liberti* auraient été plutôt empruntés aux *Libri rerum quotidianarum sive Aureorum*.

(4) Liv. II, Tit. IX, § 3.

(5) *Epitome, loc. cit.*

n'est pas seulement la femme qui peut contracter envers le mari l'obligation dont il s'agit; c'est également le débiteur de la femme ou son ascendant paternel (1).

La *dictio dotis* n'existe plus dans le droit de Justinien. Elle était devenue inutile, et elle a dû disparaître, à partir du moment où en vertu d'un simple pacte toute personne a pu s'obliger valablement à fournir une dot au mari. Or, voici ce que nous lisons dans une Constitution rendue, en 428, par les empereurs Théodose et Valentinien : *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus* (*sive scripta fuerint, sive non*), *etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsecuta* (2). — Les commissaires de Justinien ont, du reste, inséré dans le Digeste un assez grand nombre de textes que les jurisconsultes avaient écrits en vue de la *dictio* et qui, appliqués à un autre mode de constitution de la dot, ne donnent plus un sens raisonnable (3).

Jurata promissio liberti. — Après s'être occupé de la *dictio dotis*, l'*Epitome* de Gaius ajoute : *Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse juravit : in quâ re, supradicti liberti non tàm verborum solemnitate quàm jurisjurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest* (4). — On s'était demandé si, pour être valable, l'obligation dont il s'agit doit être contractée avant ou après l'affranchissement. L'opinion qui avait prévalu, c'est qu'elle doit être contractée *post manumissionem*. Paul est très-explicite à cet égard : *Ut jurisjurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui juret, et libertatis causâ jurare* (5). Du reste, le maître, pour sa sûreté, peut, avant de procéder à l'affranchissement, lier l'esclave par un serment, de telle sorte que *post manumissionem* l'engagement déjà pris sera simplement renouvelé. C'est à cela que se

(1) *Epitome, loc. cit.* Comp. *Fragm. d'Ulpien*, VI, § 2.

(2) L. 6, C., *De dotis promiss. et nudâ pollicit.* (5, 11).

(3) Je me bornerai à citer, comme exemple, la L. 31 § 1 *De novat.* (46, 2). On trouvera l'explication de ce texte dans mon traité *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 51 et suiv.

(4) Liv. II, Tit. IX, § 4.

(5) L. 7 pr., D., *De operis libert.* (38, 1).

réfère Venuleius, lorsqu'il dit : *Licet dubitatum anteà fuit utrùm servus duntaxat an libertus jurando patrono obligaretur, in his quæ libertatis causâ imponuntur, tamen verius est non aliter quàm liberum obligari. Ideò autem solet jusjurandum a servis exigere ut hi, religione adstricti, posteaquàm suæ potestatis esse cœpissent, jurandi necessitatem haberent; dummodo in continenti, cùm manumissus est, aut juret aut promitteret* (1). L'homme, tant qu'il est esclave, ne peut pas être tenu d'une obligation proprement dite : il est tenu seulement d'un lien religieux, et, l'affranchissement une fois consommé, on convertit ce lien religieux en un lien civil. — Il paraît que l'affranchi, même indépendamment de tout serment, de toute promesse, devait naturellement à son patron les *operæ officiales.* C'est du moins ce que paraît bien dire le jurisconsulte Ulpien (2).

La *jurata promissio liberti* existe-t-elle encore dans le droit de Justinien ? Au premier abord, on serait tenté de dire que, comme la *dictio dotis*, elle était tombée en désuétude. En effet, les Institutes de Justinien ne mentionnent pas plus l'une que l'autre ; et même, Gaius ayant cité (Comment. III, § 83), parmi les droits de l'adrogé qui s'éteignent et ne passent point à l'adrogeant, l'*operarum obligatio quæ per jusjurandum contracta est*, le passage correspondant des Institutes de Justinien (§ 1 *De adquisit. per adrogat.*) parle seulement des *operarum obligationes*, sans ajouter qu'il s'agit d'obligations qui se contractent *per jusjurandum*. Il me paraît néanmoins certain que cette forme particulière d'obligation verbale existe encore dans le droit de Justinien. Autrement on ne s'expliquerait pas que Tribonien et ses collègues eussent inséré sans changement dans le Digeste (notamment au Titre *De operis libert.*) tant de fragments d'anciens jurisconsultes qui traitent de la *jurata promissio liberti*. S'il n'en est pas question aux Institutes, cela sans doute tient uniquement à ce que les rédacteurs ont pensé que l'obligation dont il s'agit avait un caractère trop spécial, une application trop restreinte, pour qu'on dût la faire figurer dans un ouvrage élémentaire.

(1) L. 44 pr., D., *De liberali causâ* (40, 12).
(2) L. 26 § 12, D., *De condict. indeb.* (12, 6).

La stipulation suppose une interrogation suivie d'une réponse concordante : *contrahitur ex interrogatione et responsione*. Celui qui interroge va devenir créancier; celui qui répond devient débiteur. Le mot *stipulatio*, qui dans un sens général désigne l'opération tout entière, le contrat revêtu de cette forme d'une interrogation et d'une réponse, le mot *stipulatio* désigne plus particulièrement l'acte du futur créancier qui interroge le futur débiteur : *stipulatio* est alors le corrélatif de *promissio* (1).

Cette forme de la stipulation n'est point une exigence arbitraire. Aucune forme n'est plus propre à garantir la volonté sérieuse des parties et à manifester avec précision l'objet de la dette qu'elles contractent. Aussi voyons-nous qu'on emploie encore aujourd'hui une forme analogue quand il s'agit de l'acte le plus important de la vie : l'officier de l'état civil qui procède à la célébration du mariage commence par interroger successivement les deux futurs époux (2).

La stipulation n'est pas, comme le *mutuum* et comme la vente par exemple, un contrat *sui generis*, ayant un but parfaitement déterminé. La stipulation est plutôt une forme à l'aide de laquelle on peut sanctionner et rendre efficace toute convention dont l'objet n'a rien d'illicite. Aussi Justinien dit-il très-bien, en parlant des stipulations conventionnelles, qui interviennent par la seule volonté des parties : *Quarum totidem genera sunt quot, penè dixerim, rerum contrahendarum* (3). Les conventions les plus diverses pouvant ainsi être revêtues de la forme de la stipulation, il est facile de s'expliquer comment les jurisconsultes romains et après eux les commissaires de Justinien posent, à propos de la stipulation, les

(1) De même chez nous *stipuler* signifie quelquefois *devenir créancier* (voy. C. Nap., art. 1119). Il y a une véritable erreur de rédaction dans l'art. 1695, ainsi conçu : « Lorsque le cédant a promis la garantie de la solvabilité du dé« biteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne « s'étend pas au temps à venir, si le *cédant* ne l'a expressément *stipulé*. » C'est *le cessionnaire* qu'il fallait mettre, et non pas *le cédant*.

(2) Cela, du reste, n'est pas explicitement prescrit par la loi. L'art. 75 du Code Napoléon dit seulement que l'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme.

(3) Inst., § 3 *De divis. stipulat.* (III, 18).

règles générales qui dominent toute la matière des obligations. — L'étymologie même du mot *stipulatio* paraît se rattacher à cette idée qu'il s'agit d'un moyen d'affermir les conventions, de leur donner force obligatoire. En effet, suivant Justinien, ce mot viendrait de *stipulum*, qui autrefois était employé dans le sens de *firmum* et qui lui-même paraît dériver de *stipes* (pieu ou bâton) : *Stipulatio hoc nomine indè utitur, quia* STIPULUM *apud veteres* FIRMUM *appellabatur, fortè a* STIPITE *descendens* (1). Du reste, d'après Festus, le mot *stipulatio* aurait une autre étymologie : STIPEM *esse nummum ignatum*, dit Festus, *testimonio est et id quod datur stipendium militi ; et cùm spondetur pecunia, quod stipulari dicitur*.

— Deux actions distinctes peuvent résulter de la stipulation; ou, pour parler plus exactement, la stipulation produit, suivant les cas, une action ayant un certain caractère ou une action ayant un caractère différent. *Ex quâ*, dit Justinien, *duæ proficiscuntur actiones, tàm condictio, si certa sit stipulatio, quàm ex stipulatu, si incerta* (2). Suivant que la stipulation elle-même est *certa* ou *incerta*, l'action qui en dérive sera également *certa* ou *incerta* : en effet, comme le dit très-bien Gaius, *sicut ipsa stipulatio concepta est, ità et intentio formulæ concipi debet* (3). — L'action que produit la stipulation est toujours une *condictio*. Mais, d'après le témoignage de Justinien, cette expression *condictio* est spécialement employée dans le cas d'une *stipulatio certa*, tandis que dans le cas d'une *stipulatio incerta* on emploie de préférence l'expression *actio ex stipulatu*.

A quel caractère reconnaîtrons-nous si une stipulation est *certa* ou *incerta?* Il résulte des textes que la stipulation n'est *certa* qu'autant qu'elle a pour objet le transport en propriété d'un corps certain, d'une somme fixe ou d'une chose *in genere* parfaitement déterminée. *Certum est*, dit Gaius, *quod ex ipsâ pronunciatione apparet quid, quale quantumque sit, ut ecce : aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphoræ centum* (4). Réciproquement, comme le dit Ulpien, la stipulation est *incerta* quand elle a pour objet un fonds ou un esclave

(1) Inst., pr. *in fine De verb. oblig.* Comp. Paul, *Sentences*, V, VII, § 1.
(2) Inst., pr. *De verb. oblig.*
(3) Comment. IV, § 53 *in fine*.
(4) L. 74, D., *De verbor. oblig.* (45, 1).

en général, du vin ou du blé *sine qualitate* (sans indication de la qualité). La stipulation qui aurait pour objet cent mesures de bon blé d'Afrique ou cent amphores de bon vin de Campanie serait encore une *stipulatio incerta* : en effet, *boni appellatio non est certæ rei significativa, cùm id quod bono melius sit ipsum quoque bonum sit*. La stipulation qui a pour objet l'usufruit d'un corps certain est également *incerta* : en effet, on ne peut jamais déterminer sûrement la valeur exacte d'un droit d'usufruit. Quand on stipule une chose future, par exemple l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, *ipsâ naturâ manifestissimum est incerti esse hanc stipulationem*. Du reste, la *stipulatio* n'est pas nécessairement *incerta* par cela seul qu'une personne quelconque ne pourrait pas, d'après ce qui a été dit, reconnaître la valeur de l'objet : ainsi, celui qui stipule *vinum quod in horreo est*, celui-là, ne connût-il pas exactement la qualité et la quantité du vin dont il s'agit, fait une *stipulatio certa* : en réalité, il stipule qu'on lui donnera un corps certain. De même, la stipulation ainsi faite, *quod mihi Seius debet, dare spondes?* paraît bien être une *stipulatio certa*, pourvu que Seius *certum debeat*. A ceux qui soutenaient le contraire Ulpien fait deux réponses : d'abord cette espèce *vix separari potest ab eâ quam proposuimus de vino quod in horreo repositum est;* et, de plus, *fidejussores certum videntur promittere, si modò et is pro quo obligentur certum debeat*. — La stipulation est toujours *incerta* quand elle a pour objet un fait ou une abstention. — *Quid* en cas d'alternative, quand on stipule *decem vel hominem Stichum?* Si le stipulant s'est réservé le choix, *potest videri certum stipulatus, cùm ei liceat vel hominem tantùm vel decem tantùm intendere sibi dari oportere*. Si, au contraire, conformément au droit commun, le choix appartient au débiteur, la stipulation doit être considérée comme *incerta* (1).

Quel intérêt y a-t-il à savoir si la stipulation est *certa* ou *incerta?* D'abord l'indétermination de l'objet peut être telle que la stipulation serait nulle, qu'il ne se serait réellement formé aucun *vinculum juris*. Ainsi, j'ai stipulé de Titius un fonds de terre *in genere*, et Titius n'a aucun fonds de terre : c'est comme si nous n'avions rien fait. Dites-en autant du cas où j'aurais stipulé du vin, du blé, etc.

(1) L. 75, D., *De verbor. oblig.*

— Lors même que la *stipulatio incerta* est parfaitement valable, il importe de la distinguer d'une *stipulatio certa*. En effet, nous verrons que l'action qui résulte de celle-ci, la *condictio certi*, était soumise à des règles particulières : dans cette *condictio certi*, il pouvait y avoir plus-pétition de la part du demandeur, tandis que cela était absolument impossible quand on agissait en vertu d'une *stipulatio incerta* (1). — Au surplus, nous pouvons remarquer dès à présent que, dans le principe, l'expression *condictio certi* ou *actio si certum petatur* s'appliquait proprement quand l'obligation avait pour objet une somme d'argent déterminée. *Qui certam pecuniam numeratam petit*, dit Ulpien, *illâ actione utitur* SI CERTUM PETETUR; *qui autem alias res, per triticariam condictionem petet* (2).

La stipulation, nous le savons, suppose un échange de paroles entre les parties contractantes. Ces parties sont-elles libres d'employer les paroles que bon leur semble? Je crois bien qu'à l'origine elles n'avaient le choix qu'entre un certain nombre de paroles consacrées. *In hâc re olim*, dit Justinien, *talia verba tradita fuerunt:* SPONDES? SPONDEO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEJUBES? FIDEJUBEO; DABIS? DABO; FACIES? FACIAM (3).— Ulpien suppose qu'un homme, interrogé ainsi : DABIS? a répondu : QUIDNI? Est-ce valable? Oui, dit le jurisconsulte : *Is utique in eâ causâ est ut obligetur* (4). Le mot employé dans la réponse n'étant pas le même qui a été employé dans l'interrogation, probablement des doutes s'étaient élevés sur la validité de la stipulation.

La stipulation est-elle du droit des gens, ou bien au contraire est-elle du droit civil? Sur ce point, voici comment s'exprime le jurisconsulte Gaius : « La forme DARI SPONDES? SPONDEO, est propre « aux citoyens romains. Les autres sont du droit des gens, et valent « par conséquent *inter omnes homines*, qu'il s'agisse de citoyens ro- « mains ou de pérégrins. Même traduites en grec (δώσεις; δώσω, etc.), « elles valent entre citoyens romains, pourvu qu'ils compren-

(1) Inst., § 33 *De action.* (IV, 6).
(2) L. 1 pr., D., *De condict. tritic.* (13, 3). — Voy. aussi Gaius, IV, § 171 *in fine.*
(3) Inst., § 1 (au commencement) *De verb. oblig.* Comp. Gaius, III, § 92.
(4) L. 1 § 2 (au commencement), D., *De verbor. oblig.*

« nent le grec; et, réciproquement, bien que conçues en latin, « elles valent *inter peregrinos*, pourvu qu'ils comprennent le latin. « Quant à cette forme : DARI SPONDES ? SPONDEO, elle est si bien propre « aux citoyens romains qu'elle ne peut même pas être traduite en « grec, quoiqu'on dise qu'elle dérive originairement du grec » (1). — Gaius, on le voit, ne parle que de la langue grecque : de son temps, les autres langues étaient à peine connues des Romains. Aussi Ulpien exprime-t-il encore des doutes sur la possibilité de leur emploi. Après avoir dit que l'interrogation peut être en latin et la réponse en grec, ou réciproquement, *dummodò congruenter respondeatur* (2), Ulpien ajoute : *Sed utrùm hoc usque ad græcum sermonem tantùm protrahimus, an verò et ad alium, pœnum fortè vel assyrium vel cujus alterius linguæ, dubitari potest. Et exstat scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ità tamen ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se sive per verum interpretem* (3).

D'après une Constitution de l'empereur Léon, du mois de janvier 469, les parties sont absolument libres d'employer telles expressions que bon leur semble. Il suffit désormais pour la validité de la stipulation qu'il y ait eu une interrogation et une réponse et que les parties se soient bien comprises l'une l'autre (4).

La stipulation, comme en général tous les contrats, peut être pure et simple ; elle peut aussi être affectée de telle ou telle modalité. Les principales modalités sont : le terme et la condition. *Omnis stipulatio*, dit Justinien, *aut purè aut in diem aut sub conditione fit* (5). — Ainsi, pour qu'une stipulation soit *pura*, il faut

(1) Comment. III, § 93. — Gaius ajoute immédiatement, § 94 : *Undè dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace ità interroget :* PACEM FUTURAM SPONDES? *vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimiùm subtiliter dictum est; quia, si quid adversùs pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed jure belli res vindicatur.*

(2) Cela est reproduit aux Institutes, § 1 (3e phrase) *De verb. obl.*

(3) L. 1 § 6, D., *De verbor. oblig.* La décision est également reproduite aux Institutes: *eod.* § 1, 2e phrase.

(4) La Constitution de Léon forme la L. 10, C., *De contrah. et committ. stipul.* (8, 38). Elle est mentionnée, aux Institutes, § 1 *in fine De verb. oblig.*

(5) Inst., § 2 (au commencement) *De verbor. oblig.*

qu'on n'y ait apposé ni terme ni condition. Cependant la stipulation est dite quelquefois *pura*, quoiqu'affectée d'un terme, par cela seul qu'elle n'est pas conditionnelle. C'est ainsi que, d'après Ulpien, celui qui stipule sous une condition *quæ omnimodo exstatura est*, ceci n'ayant véritablement que l'effet d'un terme, *purè videtur stipulari* (1). — Du reste, le terme et la condition ne sont pas les seules modalités dont une obligation soit susceptible. Suivant Paul, *obligationum ferè quatuor causæ sunt : aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio* (2). Paul appelle *modus* ce que nous appelons l'*alternative* : *Modus obligationis est*, dit-il, *cùm stipulamur decem aut hominem: nàm alterius solutio totam obligationem interimit; nec alter peti potest, utique quamdiu utrumque est* (3). Quant à l'*accessio*, elle peut être de deux sortes: *Accessio in obligatione*, dit Paul, *aut personæ aut rei fit : personæ, cùm mihi aut Titio stipulor ; rei, cùm mihi decem aut Titio hominem stipulor: ubi quæritur an ipso jure fiat liberatio, homine soluto Titio* (4). — On peut encore considérer la *solidarité* comme constituant une modalité particulière dans les obligations (5).

Attachons-nous pour le moment à cette division, que nous venons de voir formulée par Justinien : *Omnis stipulatio aut purè aut in diem aut sub conditione fit*. Ulpien caractérise comme il suit les trois sortes d'obligations dont il s'agit : CEDERE *diem significat incipere deberi pecuniam;* VENIRE *diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi purè quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies ; ubi in diem, cessit dies, sed nondùm venit ; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies, pendente adhùc conditione* (6).— La différence entre le terme et la condition ressort, plus clairement encore, de ces deux phrases des Institutes : *Id quod in diem stipulamur, statim quidem debetur ; sed peti, priusquàm dies venerit, non potest* (7). *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est debitum*

(1) L. 9 § 1, D., *De novat*. (46, 2).
(2) L. 44 pr., D., *De oblig. et action*. (44, 7).
(3) Même L. 44, § 3.
(4) Même L. 44, § 4.
(5) Nous en traiterons à propos du Titre des Institutes *De duobus reis stipul. et promitt*. (III, 16).
(6) L. 213 pr., D., *De verbor. signif.*
(7) § 2 (2ᵉ phrase) *De verbor. oblig.*

iri... (1). — Je signalerai dès à présent, d'une manière générale, le grand intérêt pratique de cette différence. Celui qui par erreur paie avant l'échéance du terme existant à son profit, celui-là ne peut pas revenir sur le paiement ainsi fait prématurément : *In diem debitor*, dit Paul, *adeò debitor est ut antè diem solutum repetere non possit* (2). Au contraire celui qui, se croyant tenu d'une dette pure et simple, paie ce qu'en réalité il ne doit que sous condition, celui-là paie *indebitum*, et, par conséquent, il peut répéter : comme le dit Ulpien, *quòd si eâ conditione debetur quæ omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest ; licet sub aliâ conditione, quæ an impleatur incertum est, si antè solvatur, repeti possit* (3).

Occupons-nous maintenant en détail d'abord du terme, puis de la condition.

Du terme.

Dans les indications générales qui précèdent, nous avons toujours supposé un terme *suspensif*, un terme dont l'effet est de retarder l'exigibilité de l'obligation. Mais il y a une autre espèce de terme, ce que l'on peut appeler un terme *extinctif*. Le jurisconsulte Paul marque très-bien la différence : *Circà diem*, dit-il, *duplex inspectio est : nàm vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem*. EX DIE : *veluti*, KALENDIS MARTIIS DARE SPONDES? *cujus natura hæc est ut antè diem non exigatur*. AD DIEM *autem* . USQUE AD KALENDAS DARE SPONDES ?... (4).

1° *Du terme suspensif.* — Il y a dès à présent un débiteur et un créancier, l'existence de l'obligation est certaine ; seulement le débiteur ne peut pas encore être contraint au paiement. C'est précisément ce qu'exprime Ulpien quand il dit : *Cessit dies, nondùm venit.*

J'ai stipulé de Titius 20 sous d'or payables le 1er mars prochain : quel est précisément l'instant où faute de paiement il me sera permis de poursuivre Titius ? Pour que cela me soit permis, il faut

(1) § 4 *in fine, eod. Tit.*
(2) L. 10, D., *De condict. indeb.* (12, 6). Comp. l'art. 1186 du Code Napoléon.
(3) L. 18, D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(4) L. 44 § 1, D., *De oblig. et act.* (44, 7).

que le 1er mars soit écoulé tout entier. Comme le dit très-bien Justinien, *ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet : neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquàm is prœterierit* (1). Un homme ne peut être poursuivi qu'autant qu'il est en retard de payer, qu'autant qu'il a manqué à son engagement ; or, si vous avez promis de payer le 1er mars, évidemment on ne peut pas dire, le 1er mars n'étant pas encore expiré, qu'il y a inexécution de votre promesse (2). — De même, si j'ai stipulé de Titius qu'il me donnerait 20 sous d'or telle année ou tel mois, je ne puis le poursuivre afin de paiement qu'après l'expiration de l'année ou du mois. *Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis prœteritis, non rectè petet* (3).

Des décisions qui viennent d'être rapportées faut-il conclure que celui qui aurait stipulé en ces termes : *Promettez-vous de me donner aujourd'hui 20 sous d'or ?* ne pourrait exercer de poursuites que le lendemain et non le jour même de la stipulation ? La conclusion ne serait pas exacte : *in proposito enim*, dit Papinien, *diem non differendœ actionis insertum videri, sed quo prœsens ostendatur esse responsum* (4). En disant *Promettez-vous de me donner aujourd'hui ?* on a voulu marquer l'exigibilité immédiate du droit ; on n'a point eu du tout l'intention d'accorder un terme quelconque au débiteur.

— Il peut se faire qu'une stipulation étant pure et simple dans sa forme extérieure, un terme s'y trouve virtuellement apposé. Aux Institutes, nous en trouvons deux exemples :

Supposons d'abord que vous stipuliez de Titius qu'il vous donnera un fonds de terre ou un esclave : tant qu'il ne se sera pas écoulé un temps suffisant pour permettre à Titius de vous livrer la chose, vous ne pourrez pas exercer de poursuites contre lui, car évidemment il n'est pas encore en retard (5).

(1) Inst., § 2 *in fine De verbor. oblig.*

(2) C'est par cette raison que chez nous le protêt des lettres de change et des billets à ordre peut être fait seulement le lendemain de l'échéance. Voy. l'art. 162 du Code de commerce.

(3) Inst., § 26 *De inutil. stipulat.* (III, 19).

(4) L. 118 § 1, D., *De verbor. oblig.* (45, 1).

(5) Inst., § 27 *De inutil. stipulat.* (III, 19).

Maintenant supposons que l'obligation doive être exécutée dans un lieu autre que celui où elle est contractée. *Loca etiam*, dit Justinien, *inseri stipulationi solent*, *veluti* : CARTHAGINE DARE SPONDES? *Quæ stipulatio*, *licet purè fieri videatur*, *tamen re ipsâ habet tempus injectum*, *quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam* (1). La stipulation étant faite à Rome, il va de soi, bien qu'aucun terme n'y soit expressément apposé, que le créancier pourra seulement exercer des poursuites après l'expiration du délai nécessaire au débiteur pour se rendre à Carthage ou pour y faire parvenir l'ordre de payer (2). De là résulte une conséquence bien simple, que tirent immédiatement les rédacteurs des Institutes : *Ideò*, *si quis Romæ ità stipuletur :* HODIÈ CARTHAGINE DARE SPONDES? *inutilis erit stipulatio*, *cùm impossibilis sit repromissio.* Vous avez promis d'accomplir un fait impossible : votre obligation est nulle. Toutefois dirons-nous d'une manière absolue que l'exécution est impossible et qu'ainsi la stipulation est inutile? Voici, à cet égard, un texte fort curieux de Gaius : *Si inter eos qui Romæ sunt talis fiat stipulâtio*, HODIÈ CARTHAGINE DARE SPONDES? *quidam putant non semper videri impossibilem causam stipulationi contineri : quia possit contingere ut tàm stipulator quàm promissor, antè aliquod tempus, suo quisque dispensatori notum fecerit in eum diem futuram stipulationem*, *ac demandâsset promissor quidem suo dispensatori ut daret*, *stipulator autem suo ut acciperet*. *Quod si ità factum fuerit*, *poterit valere stipulatio* (3). Il y a donc là, en définitive, purement et simplement une question de fait.

— Quelle idée faut-il précisément nous faire de ce qu'on appelle le *dies incertus?* Cette expression désigne quelquefois une véritable condition, c'est-à-dire un événement futur et incertain, lorsque pour l'indiquer, au lieu de la conjonction *si*, les parties ont employé la conjonction *cùm*, qui habituellement s'applique au terme. Cela ressort clairement de la décision suivante, donnée par le jurisconsulte Ulpien : *Inter incertam certamque diem discrimen esse, ex eo quoque apparet quod certâ die promissum vel statìm dari potest :*

(1) Inst., § 5 *De verbor. oblig.*
(2) Comp. Paul, L. 73 pr., D., *De verbor. oblig.* (45, 1).
(3) L. 141 § 4, D., *De verbor. oblig.*

totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur. At qui promisit SI ALIQUID FACTUM SIT *vel* CUM ALIQUID FACTUM SIT, *nisi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur fecisse quod promisit* (1). Je vous promets de vous donner 100 sous d'or *si tel événement arrive* ou *lorsque tel événement sera arrivé* : dans un cas comme dans l'autre, vous ne pouvez pas payer avant que l'événement ne soit arrivé, attendu qu'on ne peut pas savoir s'il existe une obligation, — tandis que ce qui est dû à terme (*certâ die*) peut être payé immédiatement, avant l'échéance du terme. — Mais l'expression *dies incertus* désigne aussi un événement qui doit sûrement arriver, sans qu'on sache à quelle époque. En cas pareil, sont-ce les règles du terme ou bien au contraire celles de la condition qui s'appliquent ? Cela dépend : si ce *dies incertus* affecte une disposition testamentaire, en général il doit être traité comme une condition (2), tandis que s'il affecte une obligation contractuelle, il n'a que l'effet d'un terme (3).

2° *Du terme extinctif.* — Nous supposons ici qu'une obligation a été contractée *ad diem*, c'est-à-dire pour durer pendant un certain temps et pour s'éteindre par cela seul qu'un certain moment serait arrivé.

Tout d'abord il faut remarquer que, l'expiration du temps n'étant point comprise par l'ancien droit au nombre des modes d'extinction des obligations, l'obligation contractée *ad diem* ne s'éteindra pas *ipso jure* à l'arrivée du terme; seulement, si le débiteur était poursuivi, il pourrait se défendre au moyen d'une exception. C'est ce qu'exprime très-bien le jurisconsulte Paul : *Placet ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quàm legatum : nàm quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi. Planè post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum*

(1) L. 38 § 16, D., *De verbor. oblig.*

(2) Voy. notre t. I, p. 656 et 657, 771 et 772.

(3) En conséquence, le paiement ayant été fait par erreur *antè diem*, il n'y aurait pas lieu à répétition. Voy. LL. 17 et 18, D., *De condict. indeb.* (12, 6).

sine superficie tradere, nihil proficit quominùs et superficies transeat quæ naturâ solo cohæret (1).

Nous trouvons, aux Institutes, une application remarquable du principe qui vient d'être posé. *Si ità stipuleris,* dit Justinien, DECEM AUREOS ANNUOS QUOAD VIVAM DARE SPONDES? *et purè facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest; sed heres petendo pacti exceptione summovebitur* (2). Il y a ici ce que nous appellerions une *rente viagère.* Mævius s'est obligé à payer chaque année 10 sous d'or à Titius, pendant la vie de Titius, c'est-à-dire *ad diem incertum.* L'expiration du temps n'étant pas un mode d'extinction des obligations, à la mort de Titius son héritier succède au droit de demander chaque année 10 sous d'or à Mævius; mais la demande de l'héritier pourra être écartée au moyen d'une exception qu'opposera le débiteur (3).

Il est curieux de comparer le cas où j'ai ainsi stipulé *decem aureos annuos quoad vivam* et celui où les *decem aurei annui* m'ont été légués. Mon droit, dans les deux cas, n'est nullement de même nature. C'est ce que Pomponius indique en termes remarquables par leur concision : *Stipulatio hujusmodi*, IN ANNOS SINGULOS, *una est et incerta et perpetua : non quemadmodùm simile legatum morte legatarii finiretur* (4). Ces trois épithètes, *una, incerta, perpetua,* indiquent autant de différences entre le cas de stipulation et le cas de legs. Reprenons-les successivement.

1° Nous savons déjà que, quand un legs a été fait à Titius, la personnalité de Titius est prise en plus grande considération que s'il s'agissait d'une stipulation faite par Titius. Ainsi, le legs étant conditionnel, il faut que Titius survive à l'arrivée de la condition, sans quoi le legs s'évanouirait; au contraire, en cas de stipulation conditionnelle, *licet antè conditionem stipulator decesserit, posteà existente conditione heres ejus agere potest* (5). Sous l'empire de la même idée, on avait admis que, 10 sous d'or par an ayant été légués à Titius, ce legs se décompose en autant de legs ayant chacun

(1) L. 44 § 1, D., *De oblig. et act.*
(2) Inst., § 3 *De verbor. oblig.*
(3) Comp. Julien, L. 56 § 4, D., *De verbor. oblig.*
(4) L. 16 § 1, D., *De verbor. oblig.*
(5) Inst., § 25 *De inutil. stipulat.*; voy. aussi § 4 *in fine De verbor. oblig.*

pour objet 10 sous d'or que Titius vivra d'années après la mort du testateur. *Cùm in annos singulos legatur*, dit Ulpien, *non unum legatum esse, sed plura, constat;... nec semel diem cedere, sed per singulos annos* (1). Paul s'exprime d'une manière encore plus claire lorsqu'il dit : *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale...* Et ailleurs : *Cùm in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicietur. Idem in servo inspiciendum est ex personâ dominorum* (2). Rien de semblable lorsqu'une personne a stipulé 10 sous d'or par an *quoad vivet*. La stipulation ne se décompose point en plusieurs stipulations ayant chacune pour objet 10 sous d'or : *una est stipulatio*. Si le stipulant est *sui juris*, il acquiert en bloc pour lui et pour ses héritiers tout le bénéfice que la stipulation est susceptible de procurer ; s'il est *alieni juris*, l'acquisition est pour celui qui a la puissance au moment même où la stipulation intervient, ainsi que pour ses héritiers (3).

2° Quand Titius stipule *decem aureos annuos quoad vivet*, il fait une *stipulatio incerta*. En effet, comme on ne sait pas combien d'années Titius vivra encore, on ne sait pas combien de fois il aura droit de toucher 10 sous d'or : la somme que lui procurera en définitive la stipulation est donc indéterminée. La stipulation étant *incerta*, l'action qui en résulte doit l'être également : *sicut ipsa stipulatio concepta est, ità et intentio formulæ concipi debet* (4). En conséquence, si, une annuité étant échue et non payée, Titius se trouve dans le cas de poursuivre son débiteur, il devra formuler ainsi sa prétention : *Quidquid paret Numerium Negidium Titio dare facere oportere*. Par cette action, sans doute il n'obtiendra condamnation que pour l'annuité échue ; mais il n'en aura pas moins dé-

(1) L. 10 et L. 12 pr., D., *Quandò dies legat.* (36, 2).

(2) L. 4 et L. 11, D., *De annuis leg.* (33, 1).

(3) Supposons que je stipule de Mævius qu'il me donnera tant par an pendant un nombre d'années déterminé : ici on décompose la stipulation en plusieurs. Neratius disait : *De hâc stipulatione*, ANNUA, BIMA, TRIMA DIE, ID ARGENTUM QUAQUE DIE DARI, *apud veteres varium fuit*. Paul ajoute : *Sed verius, et hic tres esse trium summarum stipulationes*. Voy. L. 140 § 1, D., *De verbor. oblig.* Je reviendrai sur cette décision.

(4) Voy. ci-dessus, p. 179.

duit tout son droit *in judicium*, et par conséquent il ne pourra plus rien demander *ex eâdem stipulatione*. Pour se préserver contre cet inconvénient, il doit, la première fois qu'il agit, faire mettre en tête de la formule une *præscriptio* ainsi conçue : EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT (1). — Maintenant supposons que les *decem aurei annui quoad vivet Titius* ont été légués à Titius au lieu d'être stipulés par lui. Ici, ce qui est indéterminé, c'est seulement le nombre des legs que le testateur est réputé avoir faits à Titius. Chacun de ces legs a un objet parfaitement déterminé ; et, s'il y a lieu d'exercer des poursuites contre l'héritier, c'est toujours une *condictio certi* que devra employer Titius.

3° Titius ayant stipulé 10 sous d'or par an *quoad vivet*, le droit qui résulte de cette stipulation ne s'éteint pas *ipso jure* à la mort de Titius : son héritier peut actionner le promettant, sauf à être repoussé par une exception (2). — En cas de legs, les choses se passent tout autrement, parce que les legs sont toujours considérés comme faits *intuitu personæ*. D'abord, le testateur eût-il simplement légué 10 sous d'or par an à Titius, sans ajouter *quoad vivet*, cela serait sous-entendu : *videtur hæc inesse conditio*, dit Paul (3). Ensuite, dès que le légataire est mort, l'effet du legs se trouve arrêté *ipso jure* pour l'avenir, et il n'y aurait pas besoin d'une exception pour repousser la demande que formerait son héritier. Nous avons ici, non pas précisément un droit qui s'éteint, mais une série de droits qui ne prennent même pas naissance, parce qu'ils étaient subordonnés à une condition qui se trouve défaillie.

(1) Gaius, IV, § 131.

Si Titius avait stipulé 10 par an pour un nombre d'années déterminé, on verrait là un certain nombre de stipulations, ayant chacune pour objet la *datio* de 10, c'est-à-dire *aliquid certum*. Si donc Titius était dans le cas d'agir, il agirait par une *condictio certi*, et il n'aurait aucun besoin de faire mettre une *præscriptio* en tête de la formule.

(2) Au contraire, quand j'ai stipulé 10 sous d'or par an pendant trois années, une fois que j'aurai reçu les 30 sous d'or, il ne me restera absolument aucun droit : il y avait trois stipulations distinctes, et l'obligation résultant de chacune a été pleinement exécutée.

(3) L. 4, D., *De annuis leg.*

De la condition.

Lorsqu'on stipule sous condition, non-seulement il n'y a pas dès à présent exigibilité de la chose promise, mais, à proprement parler, il n'y a pas obligation dès à présent existante, *spes est tantùm debitum iri*. La naissance de l'obligation est reportée au moment où la condition se réalisera. *Sub conditione stipulatio fit cùm in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti :* SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES ? Remarquez surtout cette expression, *stipulatio committitur :* la stipulation commence, elle devient efficace, elle produit une obligation, au moment où la condition se réalise.

Nous disons qu'il n'y a pas encore obligation, que le stipulant n'est pas créancier et que le promettant n'est pas débiteur, tant que la condition n'est pas accomplie. Du reste, le stipulant ou le promettant peut venir à mourir : son héritier se trouvera exactement dans la position où il était lui-même. *Cùm quis sub aliquâ conditione stipulatus fuerit*, dit Justinien, *licet antè conditionem decesserit, posteà existente conditione heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte* (1).

Bien que *pendente conditione* il n'y ait pas encore, à proprement parler, obligation, cependant le promettant n'est plus libre : quelle que puisse être sa volonté à cet égard, il est tenu pour le cas où la condition s'accomplira ; et, si frauduleusement il l'empêchait de s'accomplir, elle serait considérée comme accomplie (2). De son

(1) Inst., § 25 *De inutil. stipul.* Voy. aussi § 4 *in fine De verbor. oblig.* Même règle dans l'art. 1179 du Code Napoléon.

En matière de legs, si l'institué, débiteur du legs, vient à mourir *antè conditionem*, la dette conditionnelle passe à son héritier ; mais, si c'est le légataire qui meurt *antè conditionem*, le legs s'évanouit. Voy. la L. 5 pr., D., *Quandò dies legat.* (36, 2), et notre t. I, p 755 et 756. Comp. l'art. 1040 du Code Napoléon. — C'est principalement à cela qu'Ulpien fait allusion lorsqu'il dit : *Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cùm exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione placet, etiam pendente conditione creditorem esse.* L. 42 pr., D., *De oblig. et action.*

(2) Paul, L. 85 § 7, D., *De verbor. oblig.*; Ulpien, L. 161, D., *De reg. jur.* Sur cette règle, reproduite dans l'art. 1178 du Code Napoléon, voy. M. de Savigny, *System*, t. III, § 119, B.

côté, le stipulant peut déjà faire des actes conservatoires. Ainsi, quand le promettant vient à mourir laissant un héritier insolvable ou peu solvable, le stipulant peut demander la séparation des patrimoines : comme le dit Papinien, *creditoribus quibus ex die ve sub conditione debetur, et propter hoc nondùm pecuniam petere possunt, æquè separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur* (1). Lorsqu'un homme affranchit son esclave *in fraudem creditorum*, la loi Ælia Sentia peut être invoquée et l'affranchissement déclaré nul, cet homme n'eût-il que des créanciers conditionnels : *In fraudem creditorum manumittitur*, dit Hermogénien, *liberque esse prohibetur, sive dies solvendæ pecuniæ jam cessit, sive in diem vel sub conditione sit debitum* (2). Le créancier conditionnel a-t-il droit à l'envoi en possession *rei servandæ causâ?* Sur ce point, nous ne savons pas à quelle idée s'étaient arrêtés les jurisconsultes romains. En effet, Paul dit bien, dans son commentaire sur l'Édit : *In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione pecunia ei promissa sit* (3) ; mais, dans ses *Questions*, le même Paul dit, au contraire : *Creditor conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur qui potest bona ex Edicto vendere* (4). De nombreuses conciliations ont été proposées ; elles sont toutes plus ou moins arbitraires ; aucune, à mon sens, n'est véritablement satisfaisante (5).

La condition, une fois accomplie, a un effet rétroactif, c'est-à-dire que tout se passe comme si dans le principe la stipulation avait été faite *sine conditione*. Pour le moment, je citerai seulement trois applications de cette règle :

1° Une personne *alieni juris* a fait une stipulation conditionnelle ; à l'instant où la condition se réalise, cette personne n'est plus sous la puissance de celui qui était *pater* ou *dominus* lors-

(1) L. 4 pr., D., *De separat.* (42, 6).

(2) Hermogénien ajoute immédiatement : *Diversa causa est legati sub conditione relicti : nàm, antequàm conditio exstiterit, inter creditores legatarius iste non habetur*. L. 27 pr., D., *Qui et a quib. manum.* (40, 9).

(3) L. 6 pr., D., *Quib. ex caus. in possess. eat.* (42, 4).

(4) L. 14 § 2 *eod. Tit.*

(5) Voy. Pothier, *Pand. Justin.*, Tit. *Quib. ex caus. in possess. eat.*, n° III. Voy. aussi Jules Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, t. I, p. 162-164.

qu'est intervenue la stipulation : au profit de qui existe la créance, l'action *ex stipulatu?* Les jurisconsultes romains proclament à l'envi l'un de l'autre qu'elle existe au profit de celui qui avait la puissance lors du contrat, et qu'il n'y a pas à s'inquiéter du nouvel état de choses qui se trouve établi lors de l'arrivée de la condition : *Si filiusfamiliâs, sub conditione stipulatus,* dit Paul, *emancipatus fuerit, deindè exstiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (1).

2° Un contrat de société ayant été formé, il a été entendu que les obligations contractées envers des tiers pendant la société par l'un quelconque des associés devront être supportées par tous : que décider si, l'un des associés s'étant obligé sous condition pendant la société, la condition ne se réalise qu'après la dissolution de la société? Paul prévoit la question, et il la résout en ces termes : *Omne æs alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteàquam societas distracta est solutum sit: igitur, etsi sub conditione promiserat, et distractâ societate conditio exstitit, ex communi solvendum est.* En conséquence, la société venant à se dissoudre avant l'arrivée de la condition, les associés devront fournir des garanties à celui d'entre eux qui a contracté l'obligation : *ideòque, si interim societas dirimatur, cautiones interponendæ sunt* (2).

3° J'ai hypothéqué ma chose à Primus pour le cas où je lui emprunterais de l'argent; puis j'emprunte à Secundus, et je lui consens hypothèque sur la même chose; enfin j'emprunte à Primus. Le prix de la chose ne suffisant pas pour payer Primus et Secundus, lequel d'entre eux sera préféré? Le jurisconsulte Gaius répond que ce sera Secundus : en effet, bien qu'ayant d'abord consenti hypothèque à Primus, cependant je n'étais point lié envers lui, *poteram non accipere ab eo pecuniam.* Mais Gaius ajoute immédiatement : *Videamus an idem dicendum sit si, sub conditione stipulatione factâ, hypotheca data sit, quâ pendente alius credidit pure et accepit eamdem hypothecam, tunc deindè prioris stipulationis exis-*

(1) L. 78 pr., D., *De verb. oblig.* Voy aussi Pomponius, L. 40, D., *De stipul. serv.* (45, 3), et L. 18 *De reg. jur.*

(2) L. 27, D., *Pro socio* (17, 2).



tat conditio, ut potior sit qui posteà credidisset. Sed vereor num hic aliud sit dicendum : cùm enim semel conditio exstitit, perindè habetur ac si, illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est (1).

Nous savons déjà que, quand il s'agit d'une condition qui affecte une disposition testamentaire, cette condition, une fois accomplie, n'a point d'effet rétroactif: la disposition testamentaire est réputée n'exister véritablement avec effet qu'à dater du moment où la condition s'est réalisée (2).

— De même qu'un terme peut exister sans avoir été formellement exprimé dans le contrat, de même il peut y avoir une condition implicite. Paul dit, en parlant d'une stipulation faite *dotis causâ : Antè nuptias malè petitur, quasi si hoc expressum fuisset ; et, nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio.* Il donne encore un autre exemple : *Ex facto etiam consultus cùm convenisset ut,* DONEC USURÆ SOLVERENTUR, SORS NON PETERETUR, *et stipulatio purè concepta fuisset : conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset* (3).

— La condition est *positive* ou *négative* suivant que l'existence de l'obligation a été subordonnée à l'arrivée ou à la non-arrivée d'un certain événement. Justinien nous donne l'exemple d'une condition négative, qui de plus est susceptible de défaillir, du moins en général, pendant toute la vie du stipulant : *Si quis ità stipulatur :* SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO, DARE SPONDES? *perindè erit ac si stipulatus esset cùm morietur sibi dari* (4). Que j'aie stipulé *si in Capitolium non ascendero,* ou que j'aie stipulé *cùm moriar,* les deux cas se ressemblent en ce que généralement, dans le premier comme dans le deuxième, l'action *ex stipulatu* ne pourra être exercée qu'après la mort du stipulant. Au contraire, en matière de legs, les deux modalités dont il s'agit ne sont point traitées l'une comme l'autre. Un legs ayant été fait *cùm legatarius morietur*, l'ac-

(1) L. 11 pr. et § 1, D., *Qui potiores in pign.* (20, 4).

(2) Julien fait une application remarquable de cette idée dans la L. 17, D., *Quib. mod. ususfr. amitt.* (7, 4), que nous avons citée p. 535 de notre t. I. Voy. même t. I, p. 755 et 756.

(3) L. 4 §§ 2 et 3, D., *De pactis* (2, 14).

(4) Inst., § 4 (2e phrase) *De verbor. oblig.*

tion *ex testamento* n'est possible qu'après la mort du légataire (1), tandis que, dans le cas du legs *si legatarius in Capitolium non ascenderit,* le légataire peut exiger le paiement du legs comme s'il était pur et simple, en fournissant la caution mucienne : on a dérogé ici à la rigueur des principes, afin que, conformément à l'intention probable du testateur, le légataire pût profiter personnellement de la disposition (2). Il y a là une nouvelle application de cette idée que la considération de la personne joue un plus grand rôle quand il s'agit d'un légataire que quand il s'agit d'un stipulant.

Même en cas de stipulation, les deux modalités *cùm moriar* et *si in Capitolium non ascendero* sont loin d'avoir absolument le même effet. Quand Justinien dit, en parlant d'un homme qui a stipulé sous cette dernière modalité : *Perindè erit ac si stipulatus esset cùm morietur sibi dari,* Justinien veut dire simplement qu'il faudra pour pouvoir agir *ex stipulatu* attendre la mort du stipulant. Du reste, la stipulation *si in Capitolium non ascendero* est une stipulation conditionnelle, tandis que la stipulation *cùm moriar* produit immédiatement une obligation sur l'existence de laquelle il n'y a aucune incertitude. Je vais plus loin : je dis qu'il n'est pas impossible qu'en vertu de la stipulation *si in Capitolium non ascendero* l'action puisse être intentée même avant la mort du stipulant. En effet, on peut très-bien concevoir telle hypothèse où, du vivant du stipulant, il deviendrait certain qu'il ne contreviendra pas à la condition ; au contraire, en vertu de la stipulation *cùm moriar,* jamais l'exercice de l'action ne peut être permis *vivente adhùc stipulatore.*

— La condition est un événement futur et incertain. Un événement passé ou présent, quoique encore inconnu des parties, ne peut pas constituer une véritable condition. C'est ce que dit Justinien : *Conditiones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omninò non differunt, veluti* SI TITIUS CONSUL FUIT *vel* SI MÆVIUS VIVIT, DARE SPONDES? *nàm, si ea ità non sunt, nihil valet stipulatio ; sin autem ità se habent, sta-*

(1) Voy. notre t. I, p. 772.
(2) Voy. notre t. I, p. 770 et 771.

tim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint (1).

Quel intérêt pratique peut-il y avoir à distinguer ainsi la condition proprement dite et celle *quæ ad præteritum vel ad præsens tempus refertur?*

L'intérêt pratique se présente plusieurs fois dans la matière des testaments. Nous savons que, lorsqu'un testateur institue le fils *suus* sous une condition qui n'est pas potestative pour ce fils, il est réputé *præteritus,* et le testament paternel est nul (2). Supposons un testateur qui institue son fils *si Titius consul fuit* ou *si Mævius vivit:* s'il se trouve que Titius a été consul ou que Mævius est encore vivant, le fils en réalité a été institué purement et simplement, le testament paternel est parfaitement valable, *cùm nulla sit conditio quæ in præteritum confertur vel quæ in præsens* (3). — De même, nous savons qu'un testament est rompu par un deuxième testament, lors même que dans celui-ci l'institution aurait été faite sous une condition qui vient à défaillir (4). Mais supposons que dans le deuxième testament l'institution est faite *si Titius consul fuit:* alors, dit Pomponius, *quæ conditio si vera est (id est, si Titius consul fuit), ità est institutus heres ut superius testamentum rumpatur : tunc enim ex hoc heres esset. Si verò consul Titius non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quod si ad præsens tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti* SI TITIUS CONSUL EST, *eumdem exitum habet : ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur ; si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur* (5).

L'intérêt pratique de la distinction se présente également en matière de vente. Nous verrons bientôt que, dans une vente pure et simple, les risques sont pour l'acheteur, c'est-à-dire que, si la chose vendue et non livrée vient à périr par cas fortuit, l'acheteur, qui ne peut plus obtenir la chose, n'en doit pas moins le prix (6).

(1) Inst., § 6 *De verbor. oblig.* Comp. Papinien, L. 120, D., *De verbor. oblig.*, LL. 37 et 39, D., *De reb. cred.* (12, 1).
(2) Voy. notre t. I, p. 626 et 627.
(3) Ulpien, L. 10 § 1, D., *De condit. institut.* (28, 7).
(4) Inst., § 2 *Quib. modis testam. infirm.* (II, 17).
(5) L. 16, D., *De inj. rupto* (28, 3).
(6) Inst., § 3 *De empt. et vendit.* (III, 23).

Au contraire, si la vente était conditionnelle, les risques seraient pour le vendeur, c'est-à-dire que, la chose ayant péri par cas fortuit, vainement la condition se réaliserait, l'acheteur ne devrait point le prix (1). Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la vente ait été faite sous une véritable condition, *in futurum collata*. Je vous ai vendu mon cheval pour 20 sous d'or, si tel événement est arrivé hier ; le lendemain de la vente, le cheval périt par cas fortuit, et nous apprenons que l'événement auquel nous avions subordonné le contrat était bien arrivé la veille de la vente : il y a eu là une vente pure et simple, et, par conséquent, les risques sont pour l'acheteur.

Ainsi il est bien établi que la distinction entre la condition proprement dite et celle qui se réfère *ad præteritum vel ad præsens tempus* a une véritable importance, soit en matière de testament, soit en matière de vente. Mais c'est en matière de stipulation que cette distinction est faite par les Institutes. Quel intérêt pratique peut-elle donc présenter en cette matière? Supposons que j'ai stipulé de Titius 10 sous d'or sous une condition proprement dite : si je poursuis Titius *antè conditionem*, je perdrai mon droit pour cause de plus-pétition (2). Au contraire j'ai stipulé de Titius 10 sous d'or sous une condition qui se réfère *ad præteritum vel ad præsens tempus;* je le poursuis avant qu'on ne sache si l'événement est arrivé : pourvu que je prouve au juge qu'il est réellement arrivé, j'obtiendrai condamnation : il n'y a pas eu de ma part plus-pétition.

Il n'y a véritablement condition, nous venons de le voir, que là où il s'agit d'un événement futur. Ce n'est pas tout : il faut encore qu'il s'agisse d'un événement incertain. Comme le dit Ulpien, *qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo exstatura est, purè videtur stipulari* (3). En conséquence, toutes les fois que la condition apposée à une stipulation est de ne pas faire une chose impossible,

(1) Paul, L. 8 pr., D., *De peric. et comm. rei vend.* (18, 6).
(2) Inst., § 33 *De action.* (IV, 6).
(3) L. 9 § 1, D., *De novation.* (46, 2).

non-seulement la stipulation est valable, mais elle est pure et simple, elle n'est point conditionnelle (1).

— Il nous reste à parler d'une espèce de stipulation conditionnelle qui a ceci de particulier qu'elle se rattache comme accessoire à une obligation principale. Les Institutes s'en occupent spécialement à propos du cas où une obligation a pour objet un fait ou une abstention. *Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid ejus intersit... Itaque, si quis ut fiat aliquid stipuletur, ità adjici pœna debet :* SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? *Sed, si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eâdemque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda :* SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? Voilà ce que dit Justinien(2). Du reste, il va de soi que la stipulation conditionnelle dont il s'agit, ou, comme on l'appelle habituellement chez nous, la *clause pénale*, présente le même genre d'utilité toutes les fois que l'obligation principale a pour objet, non un fait ou une abstention, mais la dation d'une chose ou d'une quantité autre qu'une somme d'argent. C'est ce qu'exprime très-bien le jurisconsulte Venuleius ; *In ejusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur* (3).

En somme, au moyen de la clause pénale le créancier n'a pas à craindre que le juge n'estime trop bas l'intérêt qu'il avait à l'exécution de l'obligation. De plus, comme il aura toujours soin de stipuler à titre de peine une somme considérable, ce sera pour lui une excellente garantie que le débiteur fera tous ses efforts pour exécuter scrupuleusement l'obligation principale.

(1) Nous reviendrons sur ce point en expliquant le § 11 *De inutil. stipulat.* (III, 19).

(2) Inst., § 7 *De verbor. oblig.*

(3) L. 11, D., *De stipulat. prætoriis* (46, 5).

La clause pénale est une stipulation faite sous la condition qu'une certaine obligation ne sera pas accomplie : c'est une stipulation conditionnelle qui, de plus, est accessoire, puisqu'elle présuppose l'existence d'une autre obligation dont elle assure le paiement. En conséquence, si l'obligation principale se trouve nulle comme ayant pour objet une chose déjà périe au moment du contrat, la clause pénale sera également frappée de nullité : *nec pœna rei impossibilis committetur* (1). Je rattache à la même idée la distinction suivante qu'indique Papinien. Une stipulation étant ainsi faite : *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* le promettant ne sera valablement poursuivi qu'après qu'il aura cessé de pouvoir donner l'esclave Pamphile : c'est l'application pure et simple de la théorie des conditions. Au contraire, supposons qu'on ait dit : *Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?* Ici, conformément à la doctrine de Sabinus, dès l'instant qu'il a été possible au promettant de donner l'esclave Pamphile, le stipulant peut le poursuivre (2). On le voit, la peine est encourue, la stipulation conditionnelle est commise, au même instant où l'exécution de l'obligation principale se trouve exigible. Ainsi s'explique naturellement que, là où l'obligation principale est à terme, la clause pénale soit encourue sans sommation, par le fait même de l'échéance du terme : Justinien a décidé en ce sens la question, qui, suivant lui, était anciennement l'objet de beaucoup de difficultés (3). Du reste, Paul disait déjà : *Ad diem sub pœnâ pecuniâ promissâ, et antè diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita* (4). Cette décision du jurisconsulte est évidemment le corollaire d'une doctrine générale dans laquelle la peine n'est point traitée comme représentant les dommages-intérêts dus par un débiteur qui n'accomplit pas son engagement, mais bien comme formant l'objet d'une obligation qui devient exigible,

(1) Ulpien, L. 69, D., *De verbor. oblig.* — Il faut évidemment décider de même lorsque l'obligation principale se trouve être *contrà jus* ou *contrà bonos mores*.

(2) L. 115 § 2, D., *De verbor. oblig.* J'aurai bientôt occasion de revenir sur ce texte.

(3) L. 12, C., *De contrah. et committ. stipul.* (8, 38).

(4) L. 77, D., *De verbor. oblig.*

même en l'absence de toute faute imputable à l'obligé, dès qu'un certain événement se trouve accompli (1). Du reste, quel est l'instant précis où l'on peut dire que l'événement dont il s'agit est accompli? Nous venons de voir qu'en ce point on ne s'en tient pas rigoureusement aux principes suivis en matière d'obligation conditionnelle ordinaire.

La stipulation de la peine étant commise, le créancier n'a-t-il que le droit de demander cette peine? En principe, il a le choix entre poursuivre l'exécution de l'obligation principale et poursuivre le paiement de la peine; et même, si mal à propos il avait exercé la moins avantageuse des deux actions, il pourrait encore exercer l'autre pour obtenir ce que celle-ci doit donner de plus que la première. Je trouve, au Digeste, deux applications remarquables de ce principe, l'une en matière de vente, l'autre en matière de société. 1° Une vente ayant eu lieu, le vendeur avait stipulé de l'acheteur une peine, pour le cas où celui-ci ne remplirait pas ses engagements. *Venditor*, dit Julien, *antequàm pœnam ex stipulatu petat*, *ex vendito agere potest: si consecutus fuerit quantum pœnæ nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit. Si ex stipulatu pœnam consecutus fuerit, ipso jure ex vendito agere non poterit, nisi in id quod pluris ejus interfuerit id fieri* (2). — 2° Un contrat de société ayant été formé, l'associé Primus a stipulé une peine de l'associé Secundus pour le cas où celui-ci ne remplirait pas ses engagements. Le cas prévu étant arrivé, Primus par l'action *ex stipulatu* a obtenu condamnation pour le montant de la peine; *posteà pro socio agendo,* dit Ulpien, *hoc minus accipiet, pœnâ ei in sortem imputatâ* (3).

Le principe qui vient d'être posé peut souffrir des exceptions en sens divers. D'une part, il arrive quelquefois que le créancier peut obtenir cumulativement l'exécution de l'obligation principale et le montant de la peine; et, d'autre part, à l'inverse, il se peut que le

(1) Il y a seulement exception à la règle lorsqu'une personne doit se représenter en justice: la peine ici n'est réellement encourue qu'autant que l'inexécution de l'obligation est imputable à faute à l'obligé. Voy. Ulpien, LL. 2 et 4, D., *Si quis caution. in judicio sistendi causâ factis non obtemper.* (2, 11).

(2) L. 28, D., *De action. empti et vend.* (19, 1).

(3) LL. 41 et 42, D., *Prò socio* (17, 2). Voy. aussi Paul, L. 71 pr. *eod. Tit.*

créancier n'ait que le droit de réclamer le montant de la peine. Examinons successivement ces deux cas exceptionnels.

1° La peine, dans l'intention des parties, peut être considérée comme représentant uniquement une sorte d'indemnité pour le retard dans l'exécution, pour l'ennui causé par une poursuite exercée mal à propos, etc. Dans des cas de ce genre, le créancier a droit au bénéfice de la convention principale et de plus au montant de la peine. Ceci est parfaitement exprimé par le jurisconsulte Hermogénien dans l'hypothèse d'une transaction : *Qui fidem licitæ transactionis rupit, non exceptione tantùm summovebitur, sed et pœnam quam* SI CONTRA PLACITUM FECERIT, RATO MANENTE PACTO, *stipulanti rectè promiserat, præstare cogetur* (1). La transaction est maintenue ; et, de plus, la peine doit être payée à la partie qui a été troublée au mépris de cette transaction. Voici encore une décision de Scévola qui est conçue dans le même ordre d'idées : *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi* NIHIL SE CONTRA EAM DIVISIONEM FACTUROS ; *et,* SI CONTRA QUIS FECISSET, *pœnam alter alteri promisit. Post mortem alterius, qui supervixit petit ab heredibus ejus hereditatem quasi ex causâ fideicommissi sibi a patre relicti debitam ; et adversùs eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quæsitum est an pœna commissa esset. Respondit pœnam, secundùm ea quæ proponuntur, commissam* (2).

2° Lorsqu'une double stipulation a été faite, en ces termes : *Pamphilum dari spondes ? si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ?* on peut se demander quelle a été l'intention des parties. Peut-être ont-elles voulu que, faute d'exécution de la première stipulation, le créancier pût agir à son gré en vertu de la première ou en vertu de la deuxième ; peut-être ont-elles voulu, au contraire, qu'il ne pût agir qu'en vertu de la deuxième. Dans le doute, que présumerons-nous ? Suivant les jurisconsultes romains, il faut présumer que la première stipulation est, en quelque sorte, novée par la deuxième, et qu'ainsi le créancier ne peut agir qu'en vertu de la deuxième. En effet, Papinien semble bien admettre que le créancier n'a le choix qu'autant que *id actum probatur ut,*

(1) L. 16, D., *De transaction.* (2, 15).
(2) L. 122 § 6, D., *De verbor. oblig.*

si homo datus non fuerit, homo et pecunia debeatur (1). Paul est encore plus explicite lorsqu'il dit: *Si ità stipulatus sim :* SI FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARE SPONDES ? *sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. — Sed, si navem fieri stipulatus sum, et, si non feceris, centum, videndum utrùm duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an verò transferat in se et quasi novatio prioris fiat. Quod magis verum est* (2).

La peine est-elle due lorsque, sans la faute du débiteur, il devient impossible d'exécuter l'obligation principale, par exemple lorsque la chose qui formait l'objet de cette obligation a péri par le fait d'un tiers ? Les principes nous conduisent à répondre négativement : là où le principal n'existe plus, l'accessoire doit disparaître. Cependant le jurisconsulte Paul semble bien décider le contraire, lorsqu'il dit, à propos de l'action de la loi Aquilia : *Si servum occidisti quem sub pœnâ tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium* (3). Vous avez tué par dol ou par imprudence mon esclave Stichus ; or cet esclave, j'avais promis de le donner à un tiers, sinon de lui payer une peine : par l'action de la loi Aquilia, que j'ai contre vous, que pourrai-je obtenir ? Ce n'est pas seulement la valeur réelle de l'esclave, c'est l'*utilitas*, l'intérêt que j'avais à ce qu'il ne fût pas tué, en d'autres termes, le montant de la peine que j'ai promise. Il faut sans doute admettre, avec M. de Vangerow (4), que Paul suppose ici, non pas deux obligations, l'une principale et l'autre accessoire, mais une *stipulatio pœnæ* qui seule doit donner action, et qui la donnera sous la condition que pour une cause quelconque l'autre stipulation ne serait pas exécutée. En un mot, la L. 22 pr. *Ad leg. Aquil.* s'explique par la L. 44 § 6 *De oblig. et act.*

Nous n'avons parlé que de la condition qui suspend l'existence de l'obligation. Il peut y avoir aussi une condition *extinctive* ou

(1) L. 115 § 2, D., *De verbor. oblig.*

(2) L. 44 §§ 5 et 6, D., *De oblig. et act.* (44, 7). Comp. le même Paul, L. 1 § 8, D., *Ad leg. Falc.* (35, 2), et L. 24, D., *Quandò dies legat.* (36, 2).

(3) L. 22 pr. D., *Ad leg. Aquil.* (9, 2).

(4) *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 614 *in fine*, p. 366.

résolutoire. Par exemple, j'ai stipulé de Titius qu'il me donnera 10 sous d'or par an jusqu'à ce que tel événement arrive. Appliquez ici ce que nous avons dit à propos du terme extinctif (1).

DES STIPULATIONS INUTILES (2).

La nullité d'une stipulation peut tenir à trois causes principales, savoir : 1° à la nature de l'objet ; 2° à ce qu'il n'y a pas eu accord de volontés, à ce que le consentement n'a pas été donné dans la forme voulue ou n'a pas été donné par une personne capable ; 3° à la modalité dont la stipulation serait affectée.

Nous allons étudier successivement ces diverses causes de nullité.

1° *De la nullité qui tient à l'objet.*

Quand il s'agit pour le promettant de contracter une obligation de donner, la règle est que toute chose qui est dans le commerce peut être prise pour objet de cette obligation. Comme le dit Justinien, *omnis res quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit* (3). — Mais, si le promettant s'obligeait à donner une chose qui n'existe plus ou une chose qui ne peut pas exister, la stipulation serait nulle. *Si quis rem quæ in rerum naturâ non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio* (4).

De même que la stipulation est nulle quand il s'agit de donner une chose qui a déjà péri ou une chose qui ne peut avoir aucune existence réelle, de même elle est nulle quand il s'agit d'accomplir

(1) Ci-dessus, p. 187 et suiv.

(2) Dans les Institutes de Justinien, le Titre *De inutil. stipulat.* vient un peu plus loin. Il m'a paru convenable de rapprocher les dispositions qu'il contient des notions générales sur la matière des stipulations.

(3) Inst., pr. *De inutil. stipulat.* (III, 19).

(4) Inst., § 1 *De inutil. stipulat.*

un fait que les hommes ne peuvent certainement pas accomplir. La stipulation est toujours nulle quand il est matériellement impossible que l'obligation qu'on a voulu produire soit exécutée. Mais il faut qu'il y ait impossibilité absolue : il ne suffit pas qu'il y ait une difficulté même très-grande pour le promettant. Suivant l'expression de Venuleius, *generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris, pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit* (1).

Là où l'exécution est absolument impossible, vainement ajouterait-on une peine pour le cas d'inexécution : la stipulation de la peine serait elle-même frappée de nullité. *Si homo mortuus sisti non potest*, dit Ulpien, *nec pœna rei impossibilis committetur : quemadmodùm si quis, Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur* (2). Il y a là une différence entre la clause pénale et la stipulation conditionnelle ordinaire : en effet, la stipulation faite sous la condition qu'une chose impossible n'aura pas lieu, est parfaitement valable (3).

On ne stipule pas valablement une chose qui n'existe plus. Au contraire on peut très-bien stipuler une chose qui n'existe pas encore, une chose future, par exemple *id quod ex Arethusâ ancillâ natum erit* ou bien *fructus qui in fundo Tusculano nati erunt*. Seulement, la stipulation qui a ainsi pour objet une chose future ne peut être qu'une *stipulatio incerta* (4).

— Les cas de nullité dont nous avons parlé jusqu'à présent tiennent à ce que l'exécution est physiquement impossible. Nous arrivons à des cas où l'exécution est juridiquement impossible. A cet égard, nous trouvons d'abord un paragraphe des Institutes (§ 2 *De inutil. stipul.*), qui, du reste, contient trois dispositions parfaitement distinctes. Etudions séparément ces trois dispositions.

1° De même que la stipulation est nulle quand elle a pour objet une chose qui n'existe plus ou une chose qui ne peut aucunement

(1) L. 137 § 4, D., *De verbor. oblig.*
(2) L. 69, D., *De verbor. oblig.*
(3) *Utilis et præsens est*, dit Ulpien : L. 7, D., *De verbor. oblig.* Nous reviendrons bientôt sur ce texte.
(4) Ulpien, L. 75 § 4, D., *De verbor. oblig.* Comp., ci-dessus, p. 180.

exister, de même elle est nulle *si rem sacram aut religiosum, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuò exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam, dari quis stipuletur*. Ainsi, quand je stipule purement et simplement une chose qui, d'après sa condition juridique actuelle, ne peut pas m'être transférée en propriété, c'est exactement comme si je stipulais une chose déjà périe ou un hippocentaure. Cependant, en fait, il y a bien une certaine différence : l'impossibilité physique qui existe aujourd'hui existera toujours; au contraire, l'impossibilité juridique peut cesser, la chose actuellement publique peut devenir privée, etc. Ne faut-il pas en conclure que, là où il s'agit d'une impossibilité juridique, la stipulation n'est pas définitivement nulle? La conclusion serait erronée : *nec in pendenti erit stipulatio*, dit Justinien, *ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest ; sed protinùs inutilis est.* Nous verrons un peu plus loin si cette règle s'applique encore d'une manière absolue au cas de stipulation conditionnelle.

Parmi les exemples d'impossibilité juridique qui viennent d'être cités, deux seulement demandent quelque explication :

La stipulation est nulle si je stipule une chose *cujus commercium non habeo*. Ainsi le citoyen romain qui exerce une fonction *in provinciâ* ne pourrait pas stipuler un immeuble situé dans la province (1). De même, lorsque, en vertu de la Constitution d'Antonin le Pieux, un maître coupable de mauvais traitements envers son esclave a été contraint de le vendre, il ne pourrait pas stipuler qu'on lui donnera cet esclave (2). Enfin, des Constitutions impériales défendaient qu'un esclave chrétien pût appartenir à un maître hérétique, juif ou païen : évidemment celui qui ne peut pas avoir la puissance dominicale sur un esclave chrétien ne pourrait pas stipuler qu'on le lui donnera (3). — Le texte suppose, et

(1) Voy. notre t. I, p. 275, note 1. Voy. aussi Modestin, L. 62 pr., D., *De contrah. empt.* (18, 1).

(2) Inst., § 2 *in fine De his qui sui vel alieni juris sunt* (I, 8). Comp. notre t. I, p. 227.

(3) Voy., au Code, le Titre *Ne christ. mancip. hereticus vel judæus vel paganus habeat* (1, 10).

nous avons supposé avec lui, que le stipulant n'a pas le *commercium* de la chose qu'il se fait promettre. Que décider lorsque c'est le promettant qui n'a pas le *commercium* de la chose qu'il s'engage à donner? La stipulation n'en est pas moins valable. *Multùm interest,* dit Ulpien, *utrùm ego stipuler rem cujus commercium habere non possum an quis promittat : si stipuler rem cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi* (1).

De même qu'un testateur ne peut pas me léguer ce qui m'appartient déjà (2), de même je ne puis pas stipuler qu'on me donnera ma propre chose. Mais je puis très-bien stipuler qu'on me donnera une somme égale à la valeur de ma chose ; je puis aussi, quand je ne possède pas ma chose, stipuler qu'on me donnera la possession. *Nemo rem suam utiliter stipulatur,* dit Ulpien; *sed pretium rei suæ non inutiliter. Sanè rem meam mihi restitui, rectè stipulari videor* (3).

Là où l'objet de la stipulation ne peut pas être fourni, soit à raison d'une impossibilité naturelle, soit à raison d'une impossibilité juridique, la stipulation est toujours nulle, lors même que le stipulant aurait été de bonne foi, c'est-à-dire n'aurait pas connu l'impossibilité dont il s'agit. Nous verrons qu'il en est autrement en matière de vente : celui qui achète une chose publique ou sacrée la croyant dans le commerce, celui-là peut agir *ex empto* pour obtenir le bénéfice que devait lui procurer le contrat (4).

2° La seconde disposition du § 2 *De inutil. stipulat.* se lie assez étroitement à la première; mais cette seconde disposition, en réalité, est étrangère au sujet que nous traitons en ce moment : elle est relative à une question d'extinction et non à une question de nullité. *Item contrà*, dit Justinien, *licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si posteà in earum quam causam de quibus suprà dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguetur stipulatio.* Ainsi, j'ai stipulé de Titius une chose qui était dans le commerce; Titius s'est trouvé obligé envers moi. Plus tard, et sans le fait de

(1) L. 34, D., *De verbor. oblig.*
(2) Inst., § 10 *De legatis* (II, 20). Comp. notre t. I, p. 742.
(3) L. 82 pr., D., *De verbor. oblig.*
(4) Inst., § 5 *De empt. et vendit.* (III, 23).

Titius, la chose cesse d'être dans le commerce : c'est un terrain, qui devient sacré ou religieux ou public; c'est un esclave, qui meurt ou qui devient libre. En pareil cas, l'obligation, valablement contractée, se trouve éteinte : le stipulant n'a plus d'action contre le promettant. — Aux exemples qui viennent d'être donnés on peut en ajouter un, qui nous est fourni par le jurisconsulte Paul : *Si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, posteà fundum partemve ejus antè constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio* (1).

Pour que l'impossibilité survenue de donner l'objet promis éteigne ainsi l'obligation, il faut toujours que cette impossibilité soit survenue *sine facto promissoris*. Du reste, l'obligation sera éteinte non-seulement si l'impossibilité résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure, mais même si elle résulte de la négligence du débiteur : la *desidia promissoris* est autre chose que le *factum promissoris*, et elle n'a point la même conséquence. Le jurisconsulte Paul entre sur ce point dans des détails qu'il me paraît utile de reproduire : *Si servum stipulatus fuero, et nullâ morâ intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est; sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus utrum, quemadmodùm in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur possessor, ità et cùm dari promisit ; an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo. Quod magis probandum est : quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum, tenetur. — Si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus vel sacer factus, vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum dijudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel posteà fuerit, et quid eorum acciderit, nihilominùs teneatur ; idemque fiat et si per alium, posteaquàm ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit, et ab alio tale quid acciderit, non tenetur, quia nihil fecit...* (2).

Lorsque je stipule ma propre chose, la stipulation est nulle. Que décider si, ayant stipulé une *res aliena*, j'en deviens proprié-

(1) L. 136 § 1, D., *De verbor. oblig.*
(2) L. 91 pr. et § 1, D., *De verbor. oblig.*

taire *aliundè?* Une distinction doit être faite. Si, en stipulant et en devenant propriétaire, j'ai agi à titre onéreux, je conserve le droit résultant de la stipulation nonobstant l'acquisition que je fais de la chose; je le conserve même en supposant qu'un seul des deux actes fût à titre onéreux. Si au contraire le promettant a voulu me gratifier et que maintenant j'acquière la chose à titre gratuit, le droit qui résultait à mon profit de la stipulation se trouve éteint (1). Les deux causes n'étant pas lucratives, on n'applique donc pas ici la règle *Placet extingui obligationem si in eum casum inciderit a quo incipere non potest.* Voici encore un autre cas dans lequel, comme le fait remarquer Paul, cette règle ne s'applique pas : *Ecce stipulari viam, iter, actum, ad fundum communem, socius non potest; et tamen, si is qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio...* (2).

3° La dernière disposition du § 2 *De inutil. stipulat.* répond à la question suivante : Une stipulation qui, faite purement et simplement, serait nulle comme ayant pour objet une chose qui ne peut pas être acquise au stipulant, cette stipulation est-elle susceptible de valoir parce qu'une condition y a été apposée? *Nec statim ab initio*, répond Justinien, *talis stipulatio valebit :* LUCIUM TITIUM, CUM SERVUS ERIT, DARE SPONDES? *et similia; quia quæ naturâ sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.* Ainsi, quand on stipule un homme libre ou une chose publique, vainement apposerait-on la condition *si servus factus fuerit, si res publica esse desierit :* la stipulation est nulle dans son principe, et, quoi qu'il arrive, elle ne pourra jamais avoir effet. Mais il en est autrement quand l'obstacle à ce que le stipulant puisse acquérir la chose est purement relatif à la personne du stipulant et ne tient pas à la circonstance que d'une manière absolue la chose serait hors du commerce. Ainsi, quand je stipule purement et simplement ma propre chose, la stipulation est nulle; mais, si je l'ai stipulée sous condition et qu'à l'arrivée de la condition elle ait cessé de m'appartenir, la stipulation vaudra (3). Il y a donc ici, en

(1) Paul, L. 83 § 6, D., *De verbor. oblig.* Comp. Inst., § 6 *De leg.* (II, 20), et notre t. I, p. 744 et suiv.

(2) L. 140 § 2, D., *De verbor. oblig.*

(3) Pomponius, L. 31, D., *De verbor. oblig.*

matière de stipulation, quelque chose d'analogue au principe consacré, en matière de legs, sous le nom de *règle catonienne* (1).

— Les trois dispositions contenues dans le § 2 *De inutil. stipulat.* paraissent avoir été empruntées par Justinien à un texte de Paul (L. 83 § 5, D., *De verbor. oblig.*), dans lequel le jurisconsulte examine la question suivante : De même que la stipulation qui avait pour objet une *res profana* ou l'esclave Stichus s'évanouit lorsque sans le fait du promettant la chose devient sacrée, l'esclave devient libre, de même à l'inverse faut-il dire que l'obligation ainsi éteinte revivra si l'objet retombe dans sa condition primitive? Paul répond négativement (2).

— Des cas que nous venons d'étudier, dans lesquels la stipulation est inutile parce que la chose promise ne peut pas être donnée au stipulant, il faut rapprocher le cas où l'obligation aurait pour objet l'accomplissement d'un fait immoral ou illicite : *Quod turpi ex causâ promissum est*, dit Justinien, *veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* (3).

L'obligation qui résulte d'un contrat verbal, comme en général toute obligation, a pour objet une dation, un fait, une abstention : faut-il nécessairement qu'il s'agisse d'une dation à effectuer par le promettant lui-même, qu'il s'agisse du fait ou de l'abstention du promettant lui-même? Que décider si Sempronius m'a promis qu'un tiers me donnerait quelque chose ou ferait quelque chose pour moi? D'abord il est manifeste que le tiers n'est aucunement lié par cette promesse : *certissimum est*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, *ex alterius contractu neminem obligari* (4). Cela est tellement certain que les rédacteurs des Institutes n'ont pas même pris la peine de le dire. Mais on peut se demander si la stipulation est nulle en ce sens que le promettant Sempronius ne sera pas tenu envers le stipulant au cas où le tiers n'accomplirait pas ce qui a été promis pour lui. Le droit romain décide que la

(1) Voy. notre t. I, p. 742 et 743.

(2) Comp. ce que dit le même jurisconsulte dans la L. 98 § 8, D., *De solut.* (46, 3).

(3) Inst., § 24 *De inutil. stipulat.*

(4) L. 3, C., *Ne uxor pro marito* (4, 12).



stipulation est effectivement nulle, qu'elle ne peut faire naître aucune action du stipulant contre le promettant : comme le dit Justinien, *si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur*; *veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum* (1).

Quel peut être le motif de cette décision? Pourquoi n'avoir pas admis que le promettant serait tenu en cas d'inexécution de la part du tiers? Cela s'explique parce qu'on peut douter que le promettant ait réellement voulu être tenu : il n'a pas suffisamment manifesté *verbis* la volonté de s'obliger. Telle paraît bien être l'idée du jurisconsulte Paul, lorsqu'il dit : *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur : itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur; nàm de se quemque promittere oportet...* (2). Aussi la stipulation sera-t-elle parfaitement valable si nous supposons que Sempronius *effecturum se ut Titius daret spoponderit* (3) : ici Sempronius, promettant son propre fait, a clairement manifesté l'intention de s'obliger.

On pourrait croire que la règle qui vient d'être posée s'applique uniquement en matière de stipulation. Je crois effectivement qu'en général dans les contrats de bonne foi on attacherait moins d'importance aux paroles employées et qu'on chercherait toujours à interpréter l'acte *potiùs ut valeat quàm ut pereat*. Nous voyons pourtant qu'en matière de constitut les choses se passent absolument comme en matière de stipulation. *Si quis constituerit*, dit Ulpien, *alium soluturum, non se pro alio, non tenetur ; et ità Pomponius, lib.* VIII, *scribit* (4).

Il y avait un moyen bien simple de rendre efficace la promesse du fait d'autrui : c'était d'y ajouter une clause pénale. *Me promettez-vous que Titius me rendra tel service, et, s'il ne me le rend pas, promettez-vous de me donner vous-même* 10 *sous d'or?* Sans doute Titius n'est point obligé de rendre au stipulant le service dont s'agit; mais s'il ne le rend pas, le promettant pourra très-bien être actionné et condamné. *Qui alium facturum promisit*, dit Justinien,

(1) Inst., § 3 *De inutil. stipulat.*
(2) L. 83 pr., D., *De verbor. oblig.*
(3) Inst., § 3 *in fine De inutil. stipulat.*
(4) L. 5 § 4, D., *De pecuniâ constit.* (13, 5).

videtur in eâ esse causâ ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit (1).

Notre ancienne jurisprudence n'avait pas admis dans toute sa rigueur la règle romaine. Voici, en effet, comment s'exprime Pothier : « Lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque « chose ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui ni rien « promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce « tiers ni moi. Elle ne peut obliger le tiers : car il n'est pas en mon « pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas « non plus : car, puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre « et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger. — Au reste, on « présume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donnerait « ou ferait quelque chose n'a pas entendu *purè de alio promittere*, « mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre « qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas ex- « primé » (2). La présomption dont parle Pothier est surtout raisonnable quand les parties ont pris la peine de constater leur convention par un acte authentique ou même par un acte sous seing privé : si le promettant n'avait pas l'intention de s'obliger, assurément aucun acte n'aurait été dressé.

Cependant les rédacteurs du Code Napoléon, dans une rédaction qui du reste est très-obscure, semblent avoir voulu reproduire la règle romaine dans toute sa rigueur. D'après eux, « on ne peut, « en général, s'engager en son propre nom que pour soi-même. « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le « fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort « ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'en- « gagement » (3). Il paraît bien résulter de là que le promettant n'est tenu qu'autant que d'une manière explicite il a déclaré se porter fort pour le tiers. Or les jurisconsultes romains eux-mêmes n'entendaient pas la règle avec une pareille rigueur : *Qui spondet dolum malum abesse abfuturumque esse*, dit Paul, *non simplex abnutivum spondet* (ne promet pas une simple négation), *sed curaturum*

(1) Inst., § 21 *De inutil. stipulat.*

(2) *Traité des obligations*, n° 56.

(3) Art. 1119 et 1120.

se ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus HABERE LICERE; *item,* NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM FIERI QUOMINUS FIAT (1).

— De même qu'on ne promet pas valablement le fait d'autrui, de même on ne stipule pas valablement une dation ou un fait ou une abstention au profit d'autrui. Comme le dit Justinien, *si quis alii quàm cujus juri subjectus sit stipuletur, nihil agit* (2). Et Justinien, après avoir posé la règle, en indique très-bien le motif : *Alteri stipulari, ut suprà dictum est, nemo potest : inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod suâ interest; cæterùm, ut alii detur, nihil interest stipulatoris* (3).

Quand je stipule dans l'intérêt de Titius, fussé-je son mandataire, je ne puis pas acquérir à Titius un droit de créance ou une action contre le promettant. Ceci n'est que l'application d'un principe général de l'ancien droit : on ne peut acquérir par le ministère d'une personne sur laquelle on n'a aucun droit et qu'on ne possède pas de bonne foi comme esclave. *Quæcumque gerimus*, dit Paul, *cùm ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostrâ personâ obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideò neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus* (4).

Du reste, le sens véritable de la maxime *alteri stipulari nemo potest*, c'est que, quand j'ai stipulé dans l'intérêt d'autrui, je ne puis pas moi-même agir contre le promettant pour le faire condamner. Pourquoi ne puis-je pas agir contre le promettant quand il n'a

(1) L. 83 pr., D., *De verb. oblig.*

Ulpien, sur ce point, est moins libéral que Paul. Suivant Ulpien, *stipulatio ista,* HABERE LICERE SPONDES? *hoc continet ut liceat habere, nec per quemquam omninò fieri quominùs nobis habere liceat. Quæ res facit ut videatur reus promisisse, per omnes futurum ut tibi habere liceat. videtur igitur alienum factum promisisse; nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ità utimur. Sed se obligat ne ipse faciat quominùs habere liceat; obligatur etiam ne heres suus vel quis cæterorum successorum efficiat ne habere liceat* (L. 38 pr. *eod. Tit.*). Voy. aussi, dans la même L. 38, les §§ 1-4 et le § 13. Ce dernier texte est relatif à la promesse *dolum malum abesse abfuturumque esse :* Ulpien l'interprète autrement que Paul.

(2) Inst., § 4 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*

(3) Inst., § 19 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*

(4) L. 11, D., *De oblig. et action.*

pas rendu au tiers le service promis ? Parce que le chiffre de la condamnation se mesure sur l'intérêt du demandeur et que, dans l'espèce, je n'avais aucun intérêt pécuniaire, aucun intérêt appréciable en argent, à ce que la promesse fût remplie. C'est l'idée qu'Ulpien exprime, incidemment à une autre matière, lorsqu'il dit : *Ea in obligatione consistere quæ pecuniâ lui præstarique possunt* (1). En conséquence, nous allons voir que la règle *alteri stipulari nemo potest* cesse d'être applicable et que la stipulation est parfaitement obligatoire, toutes les fois que le stipulant se trouve avoir un intérêt appréciable à l'accomplissement de la promesse :

Supposons d'abord qu'après avoir fait une stipulation dans l'intérêt d'autrui j'ajoute que, faute par le promettant de remplir sa promesse, il devra me donner à moi-même telle somme : ici évidemment le juge n'éprouvera aucun embarras pour fixer le montant de la condamnation lorsque j'agirai en vertu de la clause pénale. Aussi la stipulation ainsi faite est-elle parfaitement efficace. Et Justinien, après avoir dit qu'on ne peut pas stipuler pour autrui, s'empresse d'ajouter : *Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari convenit, ut, nisi ità factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest : pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis. Ergò, si quis stipulatur Titio dari, nihil agit ; sed, si addiderit pœnam,* NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES ? *tunc committitur stipulatio* (2).

Même en l'absence de toute clause pénale, la stipulation que j'ai faite pour autrui est valable et je puis agir *ex stipulatu*, s'il apparaît que moi-même j'avais un intérêt appréciable à ce que la promesse fût remplie. *Sed, et si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset, placuit stipulationem valere* (3). Ulpien et, après lui, Justinien, nous donnent, à cet égard, trois exemples :

1° J'avais commencé à m'occuper, comme tuteur, des affaires d'un pupille ; je cède l'administration à mon co-tuteur, en stipu-

(1) L. 9 § 2, D., *De statulib.* (40, 7).

(2) Inst., § 19 *De inutil. stipulat.* Comp. Ulpien, L. 38 § 17, D., *De verbor. oblig.*

(3) Inst., § 20 *De inutil. stipulat.* Comp. Ulpien, L. 38 §§ 20-23, D., *De verbor. oblig.*

lant de lui *rem pupilli salvam fore*. On pourrait croire, au premier abord, que je stipule uniquement dans l'intérêt du pupille. En réalité, je stipule dans mon propre intérêt : car je serai obligé envers le pupille si mon co-tuteur administre mal. La stipulation est donc valable (1).

2° J'avais donné mandat à Titius de faire, dans mon intérêt, un certain acte pour lequel il a besoin de 100 sous d'or; faute d'avoir les 100 sous d'or, il ne peut faire l'acte dont il s'est chargé. Je stipule alors de Sempronius qu'il donnera 100 sous d'or à Titius. Si les 100 sous d'or doivent être donnés à Titius, c'est dans mon intérêt, non dans le sien propre : c'est donc moi qui souffrirais de l'inexécution de la promesse de Sempronius. Par conséquent, ma stipulation est valable.

3° Enfin j'ai pris un engagement envers Titius, par exemple l'engagement de lui bâtir une maison; Titius a stipulé une peine pour le cas d'inexécution de mon engagement, ou bien je lui ai donné en gage des immeubles. Me voyant hors d'état de lui bâtir la maison, je stipule de Sempronius qu'il la lui bâtira. Cette stipulation est valable : car c'est bien dans mon intérêt que je l'ai faite, *ne fortè vel pœna committatur vel prædia distrahantur quæ pignori data erant*.

— La stipulation que je fais pour Titius n'est nulle qu'autant que je ne suis pas sous la puissance de Titius (2). Même, si Titius, sans avoir la puissance, avait l'usufruit ou la possession de bonne foi, il pourrait, en vertu de ma stipulation, acquérir *ex quibusdam causis* (3). — Mais que va-t-il arriver si c'est le stipulant qui a sous sa puissance la personne pour laquelle il stipule? Ici encore la stipulation sera valable. *Ei qui juri tuo subjectus est*, dit Justinien, *si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tanquàm filii sit, sicuti filii vox tanquàm tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt* (4). Un texte du Digeste, attribué à Paul, dit également : *Dominus servo stipulando sibi adquirit; sed et pater filio, secundùm*

(1) Comp. notre t. I, p. 410.
(2) Gaius, III, § 103 (1re phrase); Inst., § 4 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*
(3) Gaius, III, §§ 164 et 165. Comp. notre t. I, p. 601 et suiv.
(4) Inst., § 4 *in fine De inutil. stipulat.*

quod leges permittunt (1). Que signifient ces mots des Institutes, *in iis rebus quæ tibi adquiri possunt*, et ces mots du Digeste, *secundùm quod leges permittunt?* Je crois qu'il y a là une allusion au pécule adventice : le père, stipulant pour son fils une chose qui doit entrer dans le pécule adventice de celui-ci, n'acquiert pas une créance ayant pour objet la pleine propriété de la chose (2). Suivant d'autres, les mots dont il s'agit doivent être expliqués par la distinction que Paul formule en ces termes : *Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est quæ juris sunt quæque adquiri patri possunt ; alioquin, si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat*... (3). — Je stipule de Titius qu'il donnera 100 sous d'or à mon fils, qui est sous ma puissance : c'est absolument comme si j'avais stipulé qu'il les donnerait à moi-même. En conséquence, Titius ne paierait pas valablement entre les mains de mon fils : comme le dit Julien, *filii persona obligationi magis quàm solutioni applicatur* (4).

Que décider lorsqu'un *paterfamiliàs* a stipulé que 10 sous d'or seront donnés à lui et à un tiers? Suivant les Sabiniens, la stipulation vaut *in universum*, pour les 10 sous d'or, et le stipulant est seul créancier, comme si le nom du tiers n'eût pas été ajouté (5). Suivant les Proculiens, au contraire, la stipulation vaut seulement *in partem dimidiam*, pour 5 sous d'or : en réalité, c'est comme si on avait stipulé 5 sous pour soi et 5 sous pour le tiers : il y a là deux stipulations, dont une seule est valable. Julien paraît admettre cette idée des Proculiens, lorsqu'il dit : *Eum qui ità stipulatur :* MIHI ET TITIO DECEM DARE SPONDES? *verosimilius est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari*... (6). C'est aussi à

(1) L. 39 *De verbor. oblig.*

(2) Sur le pécule adventice, voy. t. I, p. 599.

(3) L. 130, D., *De verbor. oblig.* Quand Paul dit que la stipulation est nulle, il suppose que le père n'a aucun intérêt pécuniaire à ce que le fils accomplisse le fait convenu.

(4) L. 56 § 3, D., *De verbor. oblig.*

(5) Gaius, III, § 103.

(6) L. 56 pr., D., *De verbor. oblig.* Voy. aussi Pomponius, L. 110 pr. *eod. Tit.*

cette idée que Justinien s'est arrêté dans ses Institutes : *placet non plus quàm dimidiam partem stipulatori adquiri* (1). — Faut-il décider autrement en matière de vente? J'ai acheté un fonds pour moi et pour Titius : je demande *utrùm in partem an in totum venditio consistat, an nihil actum sit.* Javolenus répond : *Personam Titii supervacuò accipiendam puto : ideòque totius fundi emptionem ad me pertinere* (2). Cette décision tient-elle à ce qu'il s'agit ici d'achat et non de stipulation? Je crois qu'elle tient plutôt à ce que Javolenus était Sabinien : c'est alors par mégarde qu'elle a été insérée au Digeste.

Si, au lieu de dire : *Mihi et Titio dare spondes?* le stipulant a dit : *Mihi aut Titio dare spondes?* le résultat va être tout différent. Comme l'exprime Justinien, *solutio etiam in extranei personâ conferri potest* (3). Dans l'espèce, le stipulant acquiert seul la créance, le droit d'agir, et il l'acquiert *in universum*, pour toute la somme ou pour toute la chose stipulée ; mais le promettant a la faculté de s'acquitter entre les mains du tiers, qui pour cette raison est appelé *adjectus solutionis gratiâ*. — Il ne s'agit pas pour l'*adjectus* d'acquérir un droit. En conséquence, celui qui a qualité (avec le stipulant) pour recevoir le paiement, c'est uniquement l'individu, quel qu'il soit, qui a été désigné dans la stipulation. Donc, si l'*adjectus* est un pupille, pour que le paiement fait entre ses mains éteigne la dette, il n'est point nécessaire que ce pupille soit autorisé de son tuteur : *promissor, sine tutoris auctoritate solvendo pupillo, liberabitur a me* (4). De même, si l'*adjectus* vient à mourir, le paiement ne serait point valablement fait à son héritier : *Soli Titio, non etiam successoribus ejus, rectè solvitur* (5). De même enfin, si l'*adjectus* est un esclave ou un fils de famille, le paiement pourra être fait à lui-même, non à son maître ou à son père : *Sempronio solvi non potest, quamvis dominus servi sit* (6).

En général, l'*adjectus solutionis gratiâ* a mandat du stipulant :

(1) § 4 (3e phrase) *De inutil. stipulat.*
(2) L. 64, D., *De contrah. empt.* (18, 1).
(3) Inst., § 4 (2e phrase) *De inutil. stipulat.*
(4) Pomponius, L. 11, D., *De solut.* (46, 3).
(5) Julien, L. 55, D., *De verbor. oblig.*
(6) Ulpien, L. 9 pr., D., *De solut.*

aussi voyons-nous, aux Institutes, que, cet *adjectus* ayant reçu le paiement, le stipulant a contre lui l'action *mandati*. Du reste, le mandat donné à l'*adjectus* a ceci de remarquable qu'il n'est point susceptible d'être révoqué au gré du mandant : en effet, il y a droit acquis au promettant de pouvoir se libérer entre les mains de l'*adjectus*. C'est ce qu'exprime très-bien le jurisconsulte Gaius : *Aliud est, jure stipulationis Titio solvi posse; aliud, posteà permissu meo id contingere. Nàm cui jure stipulationis rectè solvitur, ei etiam prohibente me rectè solvi potest; cui verò aliàs permisero solvi, ei non rectè solvitur si, priusquàm solveretur, denunciaverim promissori ne ei solveretur* (1). Il n'y a pour le stipulant qu'une seule manière de révoquer le mandat donné à l'*adjectus* : c'est de poursuivre lui-même le débiteur. Comme le dit Ulpien, *si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deindè petam, ampliùs Titio solvi non potest, quamvis antè litem contestatam posset* (2).

Il dépend, en général, du promettant de payer entre les mains du stipulant ou entre les mains de l'*adjectus*. Cependant il est possible que le stipulant lui-même se soit réservé l'option à cet égard, en disant, par exemple : *Decem mihi aut Titio, utrùm ego velim, dare spondes?* Et sur cette hypothèse voici l'observation que fait Papinien : *Ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est; ex eo quod illi solvendum, incerti. Finge meâ interesse Titio potiùs quàm mihi solvi, quoniam pœnam promiseram si Titio solutum non fuisset* (3).

— Nous avons dit qu'en stipulant pour un tiers à la puissance duquel je ne suis point soumis je n'acquiers pas à ce tiers l'action *ex stipulatu*. Il reste maintenant à faire connaître certains tempéraments qui avaient été apportés à ce principe. Ulpien suppose

(1) L. 106, D., *De solut.* — Nous avons, chez nous, une disposition tout à fait analogue, en matière de société. « L'associé, chargé de l'administration « par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'oppo- « sition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, « pourvu que ce soit sans fraude. Ce pouvoir ne peut être révoqué sans « cause légitime, tant que la société dure; mais, s'il n'a été donné que par « acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple « mandat. » (C. Nap., art. 1856).

(2) L. 57 § 1, D., *De solut.*

(3) L. 118 § 2, D., *De verbor. oblig.*

qu'un homme a stipulé qu'après sa mort telle somme ou telle chose sera donnée à sa fille : *filiæ utilis actio competit*, dit le jurisconsulte, *licet heres patri non existat* (1). Déjà Pomponius supposait qu'un homme, en constituant une dot à sa fille, stipule que, si sa fille vient à mourir avant lui-même, la dot lui sera restituée; que, si elle meurt après lui, la dot sera restituée à son fils; qu'enfin, si son fils est également prédécédé, c'est à son héritier que la restitution devra être faite; et Pomponius ajoute : *Benignâ interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse* (2). Un fragment du jurisconsulte Paul, qui se réfère encore à la matière de la dot, mérite une attention particulière. En voici la traduction :

« Caius Seius, aïeul maternel de Seia, *quæ erat in patris potes-* « *tate*, a remis, à titre de dot, à Lucius Titius, mari de sa petite- « fille, une certaine somme d'argent. L'*instrumentum dotale* con- « tient la convention et la stipulation suivantes : *S'il y a divorce* « *entre Lucius Titius et Seia sans la faute de celle-ci, la dot tout* « *entière sera rendue et restituée à Seia ou à Caius Seius, son aïeul* « *maternel*. Seius, l'aïeul maternel, étant venu à mourir immédia- « tement, et Seia ayant ensuite divorcé sans sa faute, du vivant « de son père, sous la puissance de qui elle se trouve, je demande « si en vertu du pacte et de la stipulation il existe une action, et « si elle appartient à l'héritier de l'aïeul maternel ou bien à la pe- « tite-fille. Paul a répondu : Quant à la petite-fille, son aïeul ma- « ternel ayant stipulé pour elle, la stipulation est inutile; cela « étant, il semble bien que l'héritier du stipulant peut agir dès « l'instant qu'il y a divorce. Toutefois il faut dire que la dot peut « être restituée à Seia, bien que Seia n'ait point action, son aïeul « ayant stipulé qu'on paierait à lui ou à elle » (3).

Je suis convaincu que Paul s'arrêtait à cette décision : Seia peut bien être considérée comme *adjecta solutionis gratiâ*, mais elle n'a pas acquis le droit d'agir en vertu de la stipulation de son aïeul maternel. Les commissaires de Justinien, tout en rapportant le texte du jurisconsulte, finissent par consacrer une doctrine con-

(1) L. 45 § 2, D., *De verbor. oblig.*
(2) L. 9, D., *De pact. dotal.* (23, 4).
(3) L. 45, D., *Sol. matrim.* (24, 3).

traire à la sienne. Ils ajoutent : *Sed permittendum est nepti ex hâc avitâ conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem habere : favore enim nuptiarum, et maximè propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.* Du reste, cette décision est parfaitement d'accord avec deux Constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien, qui ont été insérées dans le Code. Dans la première de ces Constitutions, on suppose qu'une donation est faite à la charge que *post tempus id quod donatum est, alii restituatur.* « Anciennement, disent les empereurs, si le tiers n'avait pas stipulé, le donataire n'accomplissant pas la charge, il y avait seulement lieu à une action en répétition au profit du donateur ou de ses héritiers. *Sed, cùm posteà benignâ juris interpretatione Divi Principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem, juxtà donatoris voluntatem, competere admiserint, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur* » (1). Dans la deuxième Constitution, les empereurs supposent qu'un homme, en déposant certains objets, est convenu avec le dépositaire qu'il les rendrait à un tiers. S'adressant à ce tiers, Dioclétien et Maximien lui disent : *Si quidem ei qui deposuit successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis. Si verò nec civili nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet, intelligis nullam te ex ejus pacto, contrà quem supplicas, actionem stricto jure habere ; utilis autem tibi, propter æquitatis rationem, dabitur depositi actio* (2).

(1) L. 3, C., *De donat. quæ sub modo* (8, 55).

(2) L. 8, C., *Ad exhib.* (3, 42).

Les rédacteurs du Code Napoléon, après avoir posé, dans l'art. 1119, le principe qu'*on ne peut, en général, stipuler en son propre nom que pour soi-même*, ajoutent, dans l'art. 1121 : « On peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle « est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une dona- « tion qu'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la « révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Ce dernier article paraît bien avoir son origine dans les Constitutions impériales qui viennent d'être indiquées. Quand je stipule pour un tiers, deux questions se présentent : 1° Le tiers acquiert-il action contre celui de qui je stipule ? 2° Moi-même puis-je actionner le promettant qui ne rend pas au tiers le service convenu ? Il est évident que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas nettement distingué ces deux questions.

2° *Absence de consentement ; forme défectueuse ; incapacité.*

La stipulation est un contrat, et tout contrat suppose essentiellement un accord de volontés. Si donc j'entends stipuler de vous une certaine chose et que vous entendiez me promettre une autre chose, nos volontés ne se sont pas accordées, aucun contrat ne s'est formé entre nous, vous ne me devez rien. Comme le dit Justinien, *si de aliâ re stipulator senserit, de aliâ promissor, perindè nulla contrahitur obligatio ac si ad interrogatum responsum non esset : veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris quem Stichum vocari credideris* (1).

Quand l'erreur, ou plutôt quand la dissidence entre les parties, porte ainsi sur l'objet même, elle est exclusive de tout consentement, il n'y a rien de fait. Que décider si l'erreur porte seulement sur les qualités de la chose, si le stipulant croit trouver dans la chose qu'il se fait promettre certaines qualités qu'en réalité cette chose ne possède pas? La stipulation n'en est pas moins valable, comme le dit Paul : *Si id quod aurum putabam, cùm æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine, quoniam in corpore consenserimus ; sed ex doli mali clausulâ tecum agam, si sciens me fefelleris* (2). Ainsi, le promettant est tenu de fournir la chose, bien qu'elle n'ait pas certaines qualités que lui prêtait le stipulant; mais, de plus, ce promettant devra payer une indemnité, si le stipulant a eu soin d'ajouter à la stipulation principale la *clausula doli* et que le promettant ait induit le stipulant en erreur ou ait malicieusement omis de lui faire connaître la vérité — En matière d'achat, il n'en est pas comme en matière de stipulation. Lorsque j'achète un liquide que je crois être du vin, tandis que c'est du vinaigre, Ulpien fait la distinction suivante : *Marcellus scripsit emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materiâ sit erratum. Ego quidem consentio, quia eadem propè* ουσια, *id est substantia, est, si modò vinum acuit ; cæterùm, si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, id est intinctus*

(1) Inst., § 23 *De inutil. stipulat.*
(2) L. 22, D., *De verbor oblig.*

(vinaigre de bois), *aliud pro alio venisse videtur*...(1). La pensée d'Ulpien est donc que le contrat de vente est nul lorsque l'objet appartient à une classe de choses autre que celle à laquelle il appartenait dans la pensée de l'acheteur, mais non lorsqu'il est seulement moins bon que ne l'a cru l'acheteur.

Pour la validité de la stipulation, il ne suffit pas que les deux parties aient été d'accord sur l'objet; il faut encore que le concours des volontés ait été exprimé verbalement, par une interrogation suivie d'une réponse. C'est dire assez que le contrat appelé *stipulation* ne peut aucunement se former entre deux personnes qui ne seraient pas en présence l'une de l'autre : *verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est* (2). — Il paraît que cette règle donnait souvent lieu à des chicanes suscitées par un débiteur de mauvaise foi : on attaquait la sincérité de l'écrit constatant que tel jour une stipulation avait été régulièrement faite, et l'on cherchait à prouver, contre l'écrit, qu'au jour indiqué les parties n'avaient pas pu se trouver en présence l'une de l'autre. Pour mettre un terme à cet abus, Justinien, par une Constitution rendue en 531, décide qu'en général on ne sera recevable à contester ainsi l'exactitude des énonciations contenues dans l'écrit qu'autant qu'on apporterait les preuves les plus décisives, *liquidas ac manifestissimas probationes* (3). Les Institutes contiennent une sorte d'analyse de cette Constitution (4). Justinien, remarquons-le bien, ne porte aucune atteinte au principe que la stipulation peut avoir lieu seulement *inter præsentes;* il se borne à régler une question de preuve (5).

Ce n'est pas assez qu'il y ait eu échange de paroles entre les deux parties : il faut qu'à l'interrogation adressée par l'une, l'autre ait fait une réponse parfaitement concordante. *Inutilis est stipulatio*, dit

(1) L. 9 § 2, D., *De contrah. empt.* (18, 1).
(2) Inst., § 12 (1re phrase) *De inutil. stipulat.* Comp. Gaius, III, § 138.
(3) L. 14, C., *De contrah. et committ. stipulat.* (8, 38).
(4) § 12 (2e alinéa) *De inutil. stipulat.*
(5) Un autre paragraphe de notre Titre *De inutil. stipulat.*, le § 17, peut donner lieu à une observation analogue. Ce texte est ainsi conçu : *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perindè habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

Justinien, *si quis ad ea quæ interrogatus erit, non respondeat, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contrà...* (1). Je stipule de vous, en ces termes : *Decem dare spondes?* si vous répondez : *Quinque dare spondeo,* la stipulation est complétement nulle, il n'y a véritablement rien de fait. Cette décision rigoureuse a été empruntée à Gaius (2). Paul et Ulpien décidaient, avec plus de raison, que, 5 étant nécessairement compris dans 10, de manière qu'on ne peut stipuler 10 sans stipuler par là même 5, dans l'espèce le contrat se forme et le promettant est tenu jusqu'à concurrence de 5. *Si me viginti interrogante*, dit Ulpien, *tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta : licet enim oportet congruere summam; attamen manifestissimum est viginti et decem inesse* (3). — *Semper in summis*, dit également Paul, *id quod minus est sponderi videtur* (4).

Les rédacteurs des Institutes ont eu tort de préférer l'opinion de Gaius à celle de Paul et d'Ulpien ; ils ont eu le tort, plus incontestable encore, de se mettre en contradiction avec eux-mêmes. Lorsque je stipule de vous votre cheval et votre bœuf, si vous promettez seulement votre cheval, il est certain que vous n'êtes pas obligé de me donner votre bœuf; êtes-vous au moins obligé de me donner votre cheval? Oui, disent les Institutes : *Quotiens plures res unâ stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat :* DARE SPONDEO, *propter omnes tenetur. Si verò unam ex his vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit contrahitur : ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ : singulas enim res stipulari et ad singulas respondere debemus* (5). Cette décision, en elle-même, est très-raisonnable ; mais on n'est pas encore parvenu et j'ose affirmer qu'on ne parviendra jamais à la mettre d'accord avec la décision précédente. Les rédacteurs des Institutes n'ont pas fait attention qu'après avoir suivi la doctrine de Gaius, abandonnée par Paul et par Ulpien, ils ne pouvaient manquer de se contredire

(1) Inst. § 5 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*
(2) Comment. III, § 102.
(3) L. 1 § 4, D., *De verbor. oblig.*
(4) L. 83 § 3, D., *De verbor. oblig.*
(5) § 18 *De inutil. stipulat.*

eux-mêmes en faisant un emprunt à ces deux derniers jurisconsultes (1).

Voici maintenant deux cas dans lesquels, de l'aveu de tout le monde, il y a nullité absolue de la stipulation :

L'interrogation ayant été pure et simple, la promesse est faite sous condition, ou réciproquement : *Inutilis est stipulatio*, dit Justinien, *si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas; vel contrà, si modò scilicet id exprimas; id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas :* PRÆSENTI DIE SPONDEO. *Nàm, si hoc solum respondeas :* PROMITTO; *breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse : neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quæ stipulator expresserit* (2). — Dans le cas dont il s'agit, lorsque le promettant ajoute un terme ou une condition qui ne figurait point dans l'interrogation, ou *vice versâ* lorsque sur une interrogation conditionnelle ou à terme intervient une promesse pure et simple, Ulpien lui-même admet la nullité de la stipulation; mais à cette décision il apporte immédiatement un correctif d'une grande importance. *Si quis, simpliciter interrogatus,* dit-il, *responderit* SI ILLUD FACTUM ERIT, DABO, *non obligari eum constat. Aut si, ità interrogatus :* INTRA KALENDAS QUINTAS? *responderit :* DABO IDIBUS, *æquè non obligatur : non enim sic respondit ut interrogatus est. Et versâ vice, si, interrogatus sub conditione responderit purè, dicendum erit eum non obligari. Cùm adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem; nisi stipulatori diversitas responsionis illicò placuerit : tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur* (3).

Il faut encore décider de même au cas où, l'interrogation comprenant deux objets sous l'alternative, la réponse s'applique à un seul : *Si, stipulante me Stichum aut Pamphilum,* dit Paul, *tu unum daturum spoponderis, constat non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum* (4).

En somme, la doctrine de Paul et d'Ulpien est parfaitement satisfaisante. Le défaut d'accord entre l'interrogation et la réponse

(1) Voy. L. 1 § 5 et L. 83 § 4, D., *De verbor. oblig.*
(2) Inst., § 5 *De inutil stipulat.*
(3) L. 1 § 3, D., *De verbor. oblig.*
(4) L. 83 § 2, D., *De verbor. oblig.*

porte-t-il sur la quantité : la stipulation sera valable jusqu'à concurrence de ce qui se trouve contenu à la fois dans l'interrogation et dans la réponse. Lors au contraire que le défaut d'accord consiste en ce que l'une des parties a mis une modalité là où l'autre n'en voulait point, tout est nul : en effet, dans ce dernier cas, on ne peut plus, comme dans le précédent, décomposer l'opération en deux stipulations dont l'une est imparfaite et dont l'autre réunit tous les éléments nécessaires à sa validité (1).

Entre certaines personnes il ne peut pas se former une stipulation valable, produisant une obligation proprement dite. Je veux parler des personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre, sans distinguer s'il s'agit de la puissance paternelle ou de la puissance dominicale. *Inutilis est stipulatio*, dit Justinien, *si ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est vel si is a te stipuletur* (2). Entre ces personnes, comme nous le verrons plus tard, il pourrait seulement y avoir une obligation naturelle.

Comme l'esclave ne peut pas contracter une obligation proprement dite envers son maître, de même le fils de famille ne peut pas contracter une obligation proprement dite envers son père. Du reste, le fils de famille, à la différence de l'esclave, est capable de s'obliger, même civilement, envers un tiers. *Servus quidem, non solùm domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii verò familiâs alii obligari possunt* (3). — Cette différence entre l'esclave et le fils de famille existe en matière d'obligations contractuelles : l'esclave par ses délits s'oblige civilement envers les tiers (4). Même il paraît qu'on avait admis exceptionnellement que par le contrat de dépôt l'esclave peut se trouver obligé : *Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit, et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex cæteris causis in manumissum actio non datur* (5).

(1) Cette idée est indiquée par Paul lui-même dans la L. 83 §§ 2 et 3, D. *De verbor. oblig.*

(2) Inst., § 6 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*

(3) Inst., § 6 (2e phrase) *De inutil. stipulat.*

(4) Ulpien, L. 14, D., *De oblig. et action.* (44, 7).

(5) Paul, L. 21 § 1, D., *Depositi* (16, 3).

Une question restée jusqu'à présent très-obscure est celle de savoir si la *filiafamiliâs*, comme le *filiusfamiliâs*, est capable en général de s'obliger par contrat. Nous savons que la *filiafamiliâs* ne pouvait pas s'obliger *ex dotis dictione :* du moins le jurisconsulte Paul s'était prononcé en ce sens (1). Faut-il voir là une décision exceptionnelle concernant la *dictio dotis?* Faut-il admettre, au contraire, que ce qui est décidé expressément au sujet de la *dictio dotis* est également vrai de la stipulation et des autres contrats? Sur ce point, nous avons au Digeste des textes qui paraissent contradictoires. D'une part, Ulpien enseigne que le sénatusconsulte Macédonien (2) s'applique à la *filiafamiliâs* comme au *filiusfamiliâs* (3); et, pour qu'il ait pris la peine de le dire, il faut bien évidemment que le droit commun pour toute personne pubère soumise à la puissance paternelle fût la capacité de s'obliger. D'autre part, le même Ulpien parait assimiler purement et simplement la *filiafamiliâs* à l'esclave, lorsqu'il dit : *Si filiofamiliâs servove commodatum sit, duntaxat de peculio agendum erit; cum filio autem familiâs ipso et directò quis poterit. Sed et si ancillæ vel filiæfamiliâs commodaverit, duntaxat de peculio erit agendum* (4). Mais on peut soutenir que l'intention du jurisconsulte, dans ce dernier texte, n'est nullement de signaler une différence entre le *filius* et la *filiafamiliâs*. Ulpien compare le cas où le commodataire *sui juris* vient à mourir et le cas où le commodat a été fait à une personne *alieni juris :* « Dans le premier cas, dit-il, le commodant pourra obtenir condamnation pour le montant intégral de son intérêt. Au contraire, s'il a fait le prêt à un fils de famille ou à un esclave, il ne peut agir que jusqu'à concurrence du pécule, sauf le droit qu'il a de poursuivre directement le fils de famille; et, de même, celui qui a prêté la chose à une esclave ou à une fille de famille n'agira que jusqu'à concurrence du pécule. » Il n'y aurait donc pas contradiction entre les deux textes d'Ulpien. Il faut néanmoins reconnaître que, si nous nous plaçons à l'époque où les femmes *sui juris* étaient en tutelle toute leur vie, il serait bizarre que la *filiafami-*

(1) *Fragm. du Vatican*, § 99.
(2) Voy., ci-dessus, p. 153.
(3) L. 9 § 2, D., *De Senatusc. Macedon.* (14, 6).
(4) L. 3 § 4, D., *Commod.* (13, 6).

lias eût une capacité que n'avait certainement pas la femme *sui juris* (1).

— Puisque la stipulation consiste en un échange de paroles, il va de soi que ni le muet ni le sourd ne peuvent jouer un rôle dans ce contrat. *Mutum neque stipulari neque promittere posse palàm est. Quod et in surdo receptum est, quia et is qui stipulatur verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet : undè apparet non de eo nos loqui qui tardiùs exaudit, sed de eo qui omninò non audit* (2).

L'homme en état de démence, ne comprenant pas ce qu'il fait, ne figure valablement ni dans la stipulation ni dans aucun autre contrat : *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit* (3). — Nous savons déjà qu'à Rome on n'interdisait pas les fous : en conséquence, les actes qu'ils pouvaient faire dans un intervalle lucide étaient parfaitement valables (4).

Quant au prodigue, il est interdit; et cette interdiction le rend incapable de s'obliger, mais non de stipuler. *Is cui bonis interdictum est*, dit Ulpien, *stipulando sibi adquirit; tradere verò non potest vel promittendo obligari* (5).

— L'impubère est il capable ou incapable de figurer dans une stipulation? Nous examinerons cette importante question, d'abord en supposant un impubère *sui juris* ou en tutelle, puis en supposant un impubère en puissance.

I. Conformément à un principe qui nous est déjà connu, le pupille, quand il s'agit de stipuler, n'a pas besoin de l'*auctoritas tutoris*; au contraire, il en a besoin quand il s'agit de promettre, de s'obliger. *Pupillus omne negotium rectè gerit, ità tamen ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nàm alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate po-*

(1) M. de Savigny admet, d'une manière générale, que la *filiafamilias* est capable de s'obliger. Voy. *System*, t. II, append. v.

(2) Inst., § 7 *De inutil. stipulat.* Comp. Gaius, L. 1 §§ 14 et 15, D., *De oblig. et action.* (44, 7).

(3) Inst., § 8 *De inutil. stipulat.* Comp. Gaius, L. 1 § 12, D., *De oblig. et action.*

(4) Voy. notre t. I, p. 397 et 398. Voy. aussi Inst., § 1 *Quib. non est perm. facere testam.* (II, 12).

(5) L. 6, D., *De verbor. oblig.* Comp. notre t. I, p. 397.

test (1). — Nous rechercherons plus tard si le pupille qui sans *auctoritas tutoris* joue le rôle de promettant ne contracte pas au moins une obligation naturelle; pour le moment nous constatons qu'il n'est pas tenu d'une obligation proprement dite. — La même distinction qui vient d'être rappelée, au sujet du pupille, entre le cas où il s'agit de stipuler et le cas où il s'agit de promettre, était admise anciennement au sujet de la femme en tutelle (2).

Tout pupille est-il ainsi capable de figurer dans le contrat de stipulation, avec ou sans l'*auctoritas tutoris* suivant les cas? Non. Ce qui vient d'être dit ne s'appliquait, dans le très-ancien droit, ni au pupille *infans* ni même au pupille *infanti proximus*. Gaius et Justinien sont très-explicites à cet égard : *Sed quod diximus de pupillis utique de eo verum est qui jàm aliquem intellectum habet; nàm infans et qui infanti proximus est, non multùm a furioso differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent* (3).

La difficulté est de savoir ce qu'il faut précisément entendre par ces dénominations *infans* et *infanti proximus*. Dans l'opinion à laquelle je m'arrête, le mot *infans* ne désigne point uniquement celui qui ne parle pas encore; il désigne celui qui, en raison de son âge, ne peut pas exprimer par la parole un enchaînement d'idées, lors même qu'il pourrait articuler des mots. Aussi avons-nous dans plusieurs textes la preuve que l'*infantia* dure jusqu'à l'âge de sept ans. *Eodem anno, id est septimo,* dit Macrobe (4), *plenè absolvitur integritas loquendi*. Le témoignage de Quintilien est encore plus formel. « Quelques auteurs, dit-il, ne pensent pas qu'on doive occuper de l'étude des lettres ceux qui sont *minores septem annis. Cur autem non pertineat ad litteras ætas quæ ad mores jàm pertinet? Neque ignoro, toto illo de quo loquor tempore, vix tantum effici quantum conferre unus posteà possit annus... Cur hoc, quantulumcumque est usque ad septem annos, lucrum fastidiamus? Nàm certè quamlibet parvum sit quod contulerit ætas prior, majora tamen aliqua discet puer eo ipso anno quo minora didicisset. Hoc,*

(1) Gaius, III, § 107; Inst., § 9 *De inutil. stipulat.* Comp. Inst., pr. *De auctorit. tut.* (I, 21), et notre t. I, p. 380.

(2) Gaius, III, § 108.

(3) Gaius, III, § 109; Inst., § 10 (au commencement) *De inutil. stipulat.*

(4) *Songe de Scipion*, I, 6.

per singulos annos prorogatum, in summam proficit; et quantum in infantiâ præsumptum est temporis, adolescentiæ adquiritur » (1).

Un fragment d'Ulpien fournit la preuve la plus claire qu'on peut être encore *infans* quoiqu'on articule déjà des mots. *Mulier quæ dotem dederat populari meo Glabrioni Isidoro,* dit le jurisconsulte, *fecerat eum promittere dotem, si in matrimonio decessisset, infanti; et decesserat constante matrimonio. Placebat ex stipulatu actionem non esse: quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat* (2). Evidemment Ulpien suppose qu'en fait l'*infans* avait interrogé le mari : s'il n'y avait eu aucune interrogation, le jurisconsulte ne prendrait pas la peine de dire qu'il n'existe point d'action *ex stipulatu.* Lorsqu'un *infans* figure dans une stipulation, le contrat est nul, quoique l'*infans* ait prononcé les paroles nécessaires, parce que, comme le disent Gaius et Justinien, *hujus ætatis pupillus non multùm a furioso distat, nullum habet intellectum.*

Cependant un autre texte d'Ulpien a été invoqué par les personnes qui pensent que, dans l'ancienne jurisprudence, l'*infantia* ne se prolongeait pas jusqu'à l'âge de sept ans. *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem*, dit Ulpien, *sive ipsi judicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus; nec cogendi sunt tutores cavere ut defensores solent. Licentia igitur erit utrùm malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur : ità tamen ut pro his qui fari non possunt vel absint ipsi tutores judicium suscipiant, pro his autem qui suprà septimum annum ætatis sunt et præsto fuerint auctoritatem præstent* (3). Voici le raisonnement que font les auteurs dont je repousse la doctrine : « Ulpien commence par dire que, quand le pupille a un procès à soutenir, le tuteur est libre de plaider pour lui, de le représenter en justice, ou de le faire comparaître en l'autorisant. Il ajoute que cependant, si le pupille est *infans* ou absent, le tuteur devra plaider lui-même ; que si au contraire le pupille a plus de sept ans et s'il est présent, le tuteur devra l'autoriser. Ainsi, le tuteur est obligé de plaider pour le pupille quand celui-ci est *infans*, et il est

(1) *Instit. orat.*, I, 1.
(2) L. 70, D., *De verbor. oblig.*
(3) L. 1 § 2, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).

obligé de le laisser plaider lui-même en l'autorisant quand il a plus de sept ans. Quand donc s'appliquera le principe que le tuteur est libre de procéder comme il l'entend, soit par voie de représentation, soit par voie d'autorisation? Ce ne peut être que pendant un temps intermédiaire entre le moment où le pupille sort de l'*infantia* et le moment où il accomplit sa septième année. Donc l'*infantia* ne se prolonge pas jusqu'à ce que l'âge de sept ans soit accompli » (1). Pour faire tomber ce raisonnement, il suffit de remarquer que le jurisconsulte Ulpien, dans la suite du même texte, supposant que c'est un mineur en curatelle qui a un procès à soutenir, dit que l'adversaire peut *vocare in judicium*, soit le mineur lui-même, qui alors devra être assisté de son curateur, soit le curateur, *ut ipse litem suscipiat*. Est-il possible d'admettre que le pupille majeur de sept ans ne puisse plus être représenté par son tuteur, sauf le cas d'absence, tandis que d'autre part le pubère mineur de vingt-cinq ans, même en dehors du cas d'absence, peut encore être représenté par son curateur? Il est évident que le jurisconsulte, quand il a dit que le pupille présent et majeur de sept ans doit être autorisé, n'a point posé une règle de droit, mais a donné au tuteur une sorte de conseil. Le jurisconsulte, en réalité, ne distingue que deux classes de pupilles, savoir: les *infantes*, et ceux qui sont *suprà septimum annum ætatis*.

Après avoir parlé de l'*infans*, occupons-nous de l'*infanti proximus*, qui, dans l'ancienne jurisprudence, comme nous l'avons vu, était mis exactement sur la même ligne. L'impubère, une fois accomplie sa septième année, peut *fari*, exprimer par la parole des idées qui se suivent; mais un temps plus ou moins long va encore s'écouler avant qu'il ne puisse se rendre compte des affaires qui le concernent. On le considère encore comme n'ayant aucun *intellectus*. A quelle époque un jeune homme est-il considéré comme ayant déjà *aliquem intellectum*? En d'autres termes, à quelle époque le pupille cesse-t-il d'être *infanti proximus* pour devenir *pubertati proximus*? Il ne parait point qu'en cette matière il y ait jamais eu

(1) En ce sens, voy. Unterholzner, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. I, n° III. Voy. aussi Ducaurroy, *Institutes expliquées*, t. II, n° 1303.



un âge fixe, comme il y en avait un pour la sortie de l'*infantia* : chaque pupille *major septem annis* était considéré comme étant encore *infanti proximus* ou comme étant déjà *pubertati proximus*, suivant le développement plus ou moins précoce de son intelligence. Du reste, la distinction de l'*infanti proximus* et du *pubertati proximus* perdit de bonne heure presque toute importance. Gaius, après avoir assimilé aux *infantes* les *infanti proximi*, ajoute, relativement à ces derniers : *Sed in his pupillis, per utilitatem, benignior juris interpretatio facta est* (1). Ce que Justinien développe, en termes plus clairs : *Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi* (2).

En somme, déjà du temps de Gaius, le pupille peut stipuler aussitôt qu'il a sept ans accomplis. On nous dit que c'est une *benignior juris interpretatio*, introduite dans l'intérêt du pupille. En effet, on évite ainsi des embarras, la nécessité d'employer des détours, tels par exemple que l'intervention d'un esclave stipulant pour le pupille son maître. C'est précisément ce que dit Gaius : *Servum pupilli stipulari ità necesse est si pupillus abest aut fari non potest ; nàm, si præsens sit et fari potest, etiamsi ejus ætatis erit ut non intelligat quid agat, tamen pròpter utilitatem receptum est rectè eum stipulari* (3). — Il est également fort utile que le pupille puisse de bonne heure faire adition : *Pupillus, si fari possit*, dit Paul, *licet hujus ætatis sit ut causam adquirendæ hereditatis non intelligat (neque enim scire neque decernere talis ætas potest, non magis quàm furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest : hoc enim favorabiliter eis præstatur* (4). Une Constitution rendue en 407, par les empereurs Arcadius, Honorius et Théodose, porte que l'impubère en puissance, dès qu'il a sept ans accomplis, peut accepter en personne la succession maternelle (5). De même enfin, par une Constitution de l'an 426, les empereurs Théodose

(1) Comment. III, § 109 *in fine*.

(2) Inst., § 10 (2e phrase) *De inutil. stipulat.*

(3) L. 6, D., *Rem pupilli vel adol. salv. fore* (46, 6). Voy. aussi Ulpien, L. 1 pr., D., *De verbor. oblig.*

(4) L. 9, D., *De adquir. vel omitt. heredit.* (29, 2).

(5) L. 8, C. Th., *De matern. bon.* (8, 18).

et Valentinien supposent une succession déférée à un impubère, et décident que, s'il est encore *infans, id est minor septem annis*, l'adition sera faite par le père ou par le tuteur ; que, *si septem annos ætatis excesserit*, il fera lui-même adition *consentiente parente vel cum tutoris auctoritate* (1).

J'ai emprunté, pour la plus grande partie, à M. de Savigny (2) les idées qui viennent d'être exposées sur l'*infans* et sur l'*infanti proximus*. Le grand romaniste prussien invoque encore un fragment du jurisconsulte Modestin qui a effectivement une grande importance dans la question. *In sponsalibus contrahendis*, dit Modestin, *ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis : quapropter et a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modò id fieri ab utrâque personâ intelligatur, id est si non sint minores quàm septem annis* (3). Les fiançailles se faisaient autrefois dans la forme d'une double stipulation (4) ; nous sommes autorisés à dire qu'elles sont possibles entre deux personnes capables de figurer dans la stipulation. Si, d'après Gaius, on peut figurer dans la stipulation dès qu'on est sorti de l'*infantia*, et si, d'après Modestin, on peut se fiancer dès qu'on a sept ans accomplis, n'est-il pas plus que probable qu'on cesse d'être *infans* au moment où l'on devient *major septem annis ?*

Lorsqu'il eut été admis que le *proximus infanti* pourrait en personne figurer dans une stipulation, faire adition d'hérédité, etc., la distinction du *proximus infanti* et du *proximus pubertati* perdit-elle absolument tout intérêt ? Nous voyons dans les Commentaires de Gaius et dans les Institutes de Justinien que cette distinction a continué d'être appliquée en matière de délit. On se demandait si l'impubère qui soustrait la chose d'autrui commet un *furtum*. La raison de douter, c'est que *furtum ex affectu consistit* : il ne peut pas y avoir *furtum* de la part d'une personne qui n'a pas

(1) L. 18, C., *De jure deliber.* (6, 30). — Les auteurs qui pensent qu'anciennement l'*infantia* finissait dès que l'impubère pouvait parler sont obligés de dire que Théodose et Valentinien ont consacré une innovation considérable par cette parenthèse, *id est minor septem annis*. Je suis convaincu que les empereurs n'ont fait que reproduire l'ancienne doctrine.

(2) *System*, t. III, §§ 106 et suiv.

(3) L. 14, D., *De sponsal.* (23, 1).

(4) Ulpien, L. 2, D., *De sponsal.*

conscience de la criminalité de l'acte. En conséquence, on a décidé que l'impubère ne s'oblige *ex furto* qu'autant que, *proximus pubertati, intelligit se delinquere* (1).

II. L'impubère *filiusfamiliâs*, comme l'impubère *sui juris*, est capable de stipuler, dès qu'il est sorti de l'*infantia*. Mais l'impubère *filiusfamiliâs* ne peut pas s'obliger en jouant le rôle de promettant : *qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur* (2). Du temps des jurisconsultes, l'impubère en puissance ne pouvait pas avoir de biens : il n'y avait donc véritablement pas d'intérêt à lui permettre de s'obliger.

3° *Nullité tenant à la modalité.*

La stipulation est nulle quand elle est faite sous une condition impossible. *Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio* (3). — Nous savons déjà qu'une règle différente avait prévalu en matière de dispositions testamentaires. Quand une disposition testamentaire a été faite sous une condition impossible, on efface la condition, de sorte que la disposition elle-même vaut comme si elle avait été faite purement et simplement (4).

Qu'est ce qu'une condition impossible? *Impossibilis conditio habetur*, dit Justinien, *cui natura impedimento est quominùs existat, veluti si quis ità dixerit :* SI DIGITO CŒLUM ATTIGERO, DARE SPONDES (5)? Justinien ne parle que d'une impossibilité naturelle ou materielle ; mais le résultat serait exactement le meme s'il y avait impossibilité juridique ou légale. Venuleius, supposant qu'on a stipulé sous la condition que Titius aliènera une chose sacrée ou une chose religieuse, une place publique ou une basilique, Venuleius s'exprime ainsi : *Ubi omninò conditio jure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proindè ac si ea conditio quæ naturâ impossibilis est inserta esset. Nec ad rem pertinet quod jus mutari potest, et id, quod nunc im-*

(1) Gaius. III, § 208 ; Inst., § 18 *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1).

(2) Inst., § 10 *in fine De inutil. stipulat.* Voy. aussi Gaius, L. 141 § 2, D., *De verbor. oblig.*

(3) Inst., § 11 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*

(4) Gaius, III, § 98. Voy notre t. I, p. 653 et suiv.

(5) Inst., § 11 (2e phrase) *De inutil. stipulat.*

possibile est, posteà possibile fieri. non enim secundum futuri temporis jus, sed secundùm præsentis, æstimari debet stipulatio (1).

La condition de faire une chose juridiquement impossible (*aliéner un temple*) ne doit pas être confondue avec la condition de faire une chose illicite ou immorale (*commettre un meurtre*) : en effet, il est certain que le temple ne sera pas aliéné, tandis qu'en fait le meurtre pourra être commis. Quand il s'agit de la condition de faire une chose impossible, peu importe que l'accomplissement de cette condition ait été mis à la charge du stipulant, à la charge du promettant ou à la charge d'un tiers : dans tous les cas, la stipulation sera inutile. Au contraire, quand il s'agit de la condition de faire une chose illicite ou immorale, en général il faudra distinguer suivant que les parties auront considéré le fait du stipulant ou celui du promettant : la stipulation pourra parfaitement valoir lorsqu'elles auront considéré le fait du promettant, parce qu'alors elles auront voulu atteindre un but très-moral. Voici un texte de Papinien qui rend ceci sensible : *Mulier ab eo in cujus matrimonium conveniebat stipulata fuerat ducenta*, SI CONCUBINÆ, TEMPORE MATRIMONII, CONSUETUDINEM REPETIISSET : *nihil causæ esse respondi cur ex stipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier, impletâ conditione, pecuniam adsequi non possit* (2).

—Qu'arrivera-t-il si l'on a stipulé sous la condition qu'une chose impossible ne sera pas faite? *Si ità stipuletur*, dit Justinien, SI DIGITO CŒLUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *purè facta obligatio intelligitur, ideòque statim petere potest* (3). Ulpien disait déjà : *Impossibilis conditio, cùm in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi*, SI IN CŒLUM NON ASCENDERIT : *nàm utilis et præsens est, et pecuniam creditam continet* (4). La stipulation à laquelle est apposée la condition de ne

(1) L. 137 § 6, D., *De verbor. oblig.*

(2) L. 121 § 1, D., *De verbor. oblig.*

(3) Inst., § 11 *in fine De inutil. stipulat.*

(4) L. 7, D., *De verbor. oblig.* — Le sens de cette expression *pecuniam creditam continet* est expliqué par Gaius : *Pecuniam creditam dicimus non solùm eam quam credendi causâ damus, sed omnem quam tunc, cùm contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quæ sine ullâ conditione deducitur in obligationem*... (Comment. III, § 124).

point faire une chose impossible est valable et elle n'est point conditionnelle. Cette décision est pleinement conforme aux principes : car ce qui aura sûrement lieu ne peut pas constituer une condition.

Lorsqu'un homme stipule sous la condition qu'il ne fera pas une chose illicite, au premier abord on pourrait croire que cela est valable. Il n'en est cependant pas ainsi : comme le dit Ulpien, *si ob maleficium ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio* (1). Si une pareille stipulation était valable, il est facile de comprendre que cela pourrait donner lieu à d'indignes spéculations. Chez nous, on dirait en cas pareil que l'obligation n'a pas une cause sérieuse et licite (2).

— Supposons que je stipule une certaine chose pour le cas où elle deviendrait mienne. L'apposition d'une pareille condition rend évidemment la stipulation inutile : car, la chose une fois devenue mienne, il sera impossible de m'en transférer la propriété, impossible par conséquent d'exécuter la promesse qui m'a été faite. *Nemo rem suam futuram, in eum casum quo sua sit, utiliter stipulatur* (3).

— Un cas analogue au précédent est le cas de ce qu'on appelle la *stipulation prépostère*. Justinien donne un exemple qui fait bien comprendre en quoi consiste la stipulation dont il s'agit : *Si quis ità stipulatus erat*, SI NAVIS GRAS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? *inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est* (4).

L'obligation n'existera que quand la condition se sera réalisée ; or il implique contradiction qu'on exécute ce qui n'existe pas encore. Les jurisconsultes romains avaient donc raison de tenir pour nulle cette stipulation prépostère.

Voici une hypothèse dans laquelle la stipulation, au premier

(1) L. 7 § 3, D., *De pactis* (2, 14).

(2) Suivant Pothier (*Traité des obligations*, n° 204 *in fine*), « la condition de « ne pas faire une certaine chose qui est contraire aux mœurs ou aux lois peut « rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de « stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs « obligés de nous abstenir. »

(3) Inst., § 22 *De inutil. stipulat.*

(4) Inst., § 4 (1er alinéa) *De inutil. stipulat.*

abord, pourrait paraître prépostère, bien qu'elle ne le soit pas en réalité : *Hujusmodi stipulatio interposita est :* SI TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT, TUM EX HAC DIE IN ANNOS SINGULOS DENA DARI SPONDES? *Post triennium, conditio exstitit : an hujus temporis nomine agi possit, non immeritò dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse, ità ut in eâ eorum quoque annorum qui antè impletam conditionem intercesserint præstatio in id tempus collata intelligatur ; ut sententia ejus sit talis : Tunc, cùm Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam præteriti temporis habitâ ratione, dena præstentur* (1). Il n'y a ici rien de prépostère : car il a été entendu que le promettant paiera autant de fois 10 sous d'or qu'il se sera écoulé d'années depuis la stipulation jusqu'à l'arrivée de la condition, mais non que ce paiement se fera *antè existentem conditionem.* Africain a donc bien raison d'admettre la validité de la stipulation dont il s'agit.

Du reste, l'empereur Léon avait décidé qu'en matière de dot la stipulation même prépostère serait tenue pour valable; et Justinien a généralisé cette décision, de telle sorte que *non solùm in dotibus, sed etiam in omnibus, valeat hujusmodi conceptio stipulationis.* Mais, en validant la stipulation, Justinien lui enlève le caractère prépostère que les parties lui avaient donné ; l'obligation ne sera exécutée, comme la raison le demande, qu'après l'arrivée de la condition : *exactione post conditionem competente* (2).

— La jurisprudence romaine ayant admis que je ne puis pas stipuler de manière à faire acquérir à un tiers l'action *ex stipulatu,* on en avait conclu que personne ne peut stipuler *post mortem suam dari sibi.* De même, si je ne puis pas par ma promesse obliger autrui, il en résulte que personne ne peut stipuler *sibi dari post mortem ejus a quo stipulatur* (3). L'obligation ne devenant exigible qu'après la mort du stipulant ou du promettant, le droit ou la dette commencerait véritablement en la personne de l'héritier ; or, comme le dit Gaius, *inelegans esse visum est, ex heredis personâ incipere obligationem* (4). En quoi cela est-il contraire aux prin-

(1) Africain, L. 64, D., *De verbor. oblig.*
(2) L. 25, C., *De testam.* (6, 23) ; Inst., § 14 (2e alinéa) *De inutil. stipulat.*
(3) Inst., § 13 (1re phrase) *De inutil. stipulat.*
(4) Comment. III, § 100.

cipes, *inelegans?* En ce que Titius, qui après ma mort recueille tous mes biens, succède comme héritier aux droits et aux dettes qui ont existé à mon profit ou à ma charge, mais cesse d'être mon héritier et devient pour moi un simple tiers quand je veux par mon contrat faire naître à son profit ou à sa charge une obligation qui n'aura jamais existé en ma personne (1).

La stipulation faite par une personne soumise à ma puissance équivaut à la stipulation faite par moi-même. En conséquence, *nec is qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur* (2).

De même que je ne puis pas stipuler que Titius me donnera une chose *post mortem meam* ou *post mortem ejus,* je ne puis pas stipuler non plus qu'il me la donnera *pridiè quàm moriar* ou *pridiè quàm morietur*. Cela s'explique, suivant Gaius, *quia non potest aliter intelligi* PRIDIÈ QUAM ALIQUIS MORIETUR *quàm si mors secuta sit; rursùs, morte secutâ, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est:* HEREDI MEO DARI SPONDES? *quæ sanè inutilis est* (3). Si la stipulation dont il s'agit est nulle, c'est qu'elle a véritablement quelque chose de prépostère.

Quant à la stipulation dont l'exécution est reportée à l'instant même de la mort soit du stipulant, soit du promettant, elle a toujours été tenue pour valable. En effet, ici l'obligation aura commencé d'exister du vivant du stipulant ou du vivant du promettant : comme le dit Gaius, *in novissimum vitæ tempus stipulatoris aut promissoris obligatio confertur* (4).

Comme nous l'avons déjà vu, les diverses décisions ainsi données en matière de stipulations étaient également données en matière de legs (5).

Je m'arrête un instant sur la stipulation *cùm morieris* et sur la stipulation *post mortem meam :*

(1) Par la même raison, celui qui prévoit qu'il laissera plusieurs héritiers ne peut pas, en stipulant ou en promettant une dation, dire qu'un seul de ses héritiers recueillera toute la créance ou sera tenu de toute la dette : voy. Julien, L. 56 § 1, et Venuleius, L. 137 § 8, D., *De verbor. oblig.*

(2) Inst., même § 13 (1er alinea), *De inutil. stipulat.*

(3) Gaius, III, § 100.

(4) Gaius, III, § 100; Inst., § 15 *De inutil. stipulat.*

(5) Voy. Gaius, II, § 232; et notre t. I, p. 771.

Je remarque d'abord qu'il n'y a pas à distinguer suivant qu'on a stipulé *cùm morieris* ou *si morieris :* les deux cas sont traités exactement l'un comme l'autre (1). Je remarque, de plus, que, si cette stipulation *cùm morieris* est valable en général, elle ne l'est cependant pas toujours. *Id quod in facto est*, dit très-bien Paul, *in mortis tempus conferri non potest : veluti*, CUM MORIERIS, ALEXANDRIAM VENIRE SPONDES (2)? Il y aurait également nullité si le mari avait ainsi stipulé une dot de la femme. *Julianus scribit valere talem stipulationem :* CUM MORIERIS, DOTIS NOMINE TOT DARI? *quia et paeisci soleant ne a vivâ exhibeatur. Quod non esse simile accepi*, dit Paul : *aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari quo matrimonium futurum non sit* (3). Tryphoninus donne une décision analogue (4).

Réciproquement, la stipulation *post mortem meam*, qui en général est nulle, peut devenir efficace par l'adjonction d'un *adstipulator*. C'est ce que dit Gaius : *Adstipulatorem ferè tunc solùm adhibemus cùm ità stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur : quod cùm stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat ; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati judicio, heredi nostro tenetur* (5). Ainsi, de même que la stipulation pour autrui devient efficace quand on ajoute une clause pénale, de même la stipulation *post mortem stipulatoris* acquiert par l'intervention d'un *adstipulator* une efficacité qu'elle n'a point par elle-même. — Au sujet de l'*adstipulator*, Gaius entre dans des détails intéressants, et nous fait connaître certaines singularités qui avaient été admises en cette matière(6). Je me bornerai pour le moment à prévenir une confusion que l'on pourrait faire entre l'*adstipulator* et l'*adjectus solutionis gratiâ* dont nous avons déjà parlé (7). L'*adjectus*, comme l'*adstipulator*, a

(1) Ulpien, L. 45 § 3, D., *De verbor. oblig.*

(2) L. 46 § 1, D., *De verbor. oblig.*

(3) L. 20, D., *De jure dot.* (23, 3).

(4) L. 76, D., *De jure dot.* Voy. l'excellente explication que M. Pellat a proposée sur cette loi obscure : *Textes sur la dot traduits et commentés* (p. 388 et suiv. de la 2e édition).

(5) Comment. III, § 117.

(6) Comment. III, §§ 110-114.

(7) Voy., ci-dessus, p. 216 et 217.

mandat du stipulant; le pouvoir de l'*adjectus*, comme celui de l'*adstipulator*, ne peut pas cesser au gré du mandant. Mais voici maintenant les différences : tandis que l'*adstipulator* interroge le promettant, qui se lie ainsi envers lui, l'*adjectus* ne stipule point, il est seulement nommé dans la stipulation ; et, tandis que l'*adstipulator* a pouvoir même à l'effet d'actionner le débiteur, l'*adjectus* a seulement pouvoir à l'effet de toucher le montant de l'obligation lorsque le débiteur veut se libérer entre ses mains.

Justinien a complétement changé la règle de l'ancien droit sur la stipulation *post mortem stipulatoris* ou *post mortem promissoris*, ainsi que sur la stipulation *pridiè quàm moriar* ou *pridiè quàm moriaris*. Par une Constitution de l'an 528, il ordonne que ces différentes stipulations seront désormais tenues pour valables (1); et, par une Constitution de l'an 531, il prend la peine d'abroger expressément l'ancienne règle d'après laquelle *ab heredibus vel contrà heredes actiones incipere non possunt* (2). Le motif mis en avant par Justinien est celui-ci : *ne, propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur*. — Comme nous l'avons vu, les anciens jurisconsultes n'admettaient pas qu'on pût stipuler un fait *cùm morietur promissor*. Ici encore Justinien réforme l'ancien droit. Voici comment il s'exprime, dans une Constitution de l'an 532 : *Nobis sensum contrahentium discutientibus, verisimile esse videtur hoc inter eos actum ut incipiat quidem contrà morientem obligatio, immineat autem heredibus ejus donec ad effectum perducatur* (3).

Déjà dans l'ancien droit, il était permis de stipuler *post mortem alterius*, c'est-à-dire de manière que l'exigibilité n'arrive qu'après la mort d'un tiers (4). Il y a là tout simplement une obligation contractée *ex die incerto*.

(1) L. 11, C., *De contrah. et committ. stipulat.* (8, 38). Comp. Inst., § 13 *in fine De inutil. stipulat.*.

(2) L. un., C., *Ut act. et ab hered. et contrà heredes incip.* (4, 11).

(3) L. 15, C., *De contrah. et committ. stipulat.* (8, 38).

(4) Inst., § 16 *De inutil. stipul.*

STIPULATION DES ESCLAVES.

Les règles posées aux Institutes, dans le Titre *De stipulatione servorum* (III, 17), nous sont déjà connues pour la plupart, au moins d'une manière générale. Elles ont dû être indiquées pour l'explication du Titre *Per quas personas nobis adquiritur* (II, 9). Et, du reste, nous verrons les rédacteurs des Institutes y revenir encore une fois dans le Titre *Per quas personas nobis obligatio adquiritur* (III, 28).

L'esclave, par lui-même, *ex personâ suâ*, est incapable de stipuler : la stipulation qu'il fait ne peut valoir qu'en tant qu'il emprunte la capacité de son maître. Les Institutes expriment très-bien cette idée, quand elles disent : *Servus ex personâ domini jus stipulandi habet* (1). Ainsi, d'une part, la stipulation que ferait un esclave sans maître, par exemple un esclave *a domino derelictus*, serait absolument nulle, *nullius momenti* (2). D'autre part, quand mon esclave stipule, c'est exactement comme si moi-même j'avais stipulé : *quodcumque stipulatur*, dit Ulpien, *is qui in alterius potestate est, pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus* (3). De ce dernier principe découlent plusieurs conséquences :

1° Un pérégrin ne peut pas stipuler dans la forme *spondesne* (4)? L'esclave d'un pérégrin ne le peut pas davantage.

2° Personne ne peut stipuler sa propre chose, à moins que la stipulation ne soit conditionnelle : un esclave ne peut donc pas stipuler purement et simplement la chose qui appartient à son maître. — En matière de legs, on suit une règle différente, parce qu'en matière de legs on considère la personnalité de l'esclave lui-même : *domini persona ad hoc tantùm inspicitur ut sit cum eo testamenti factio; cæterùm, ex personâ servi constitit legatum.* Ainsi, tandis que je ne pourrais pas léguer à Titius la chose qui lui

(1) Pr. (1re phrase) *De stipulat. serv.*
(2) Javolenus, L. 36, D., *De stipulat. serv.* (45, 3).
(3) L. 45 pr., D., *De verbor. oblig.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 181 et 182.

appartient, je puis très-valablement léguer cette chose à l'esclave de Titius (1).

3° Celui-là seul peut stipuler une servitude prédiale qui est propriétaire d'un fonds susceptible de devenir fonds dominant : de même, pour que mon esclave stipule valablement une servitude prédiale, il faut que je sois propriétaire d'un pareil fonds. Du reste, il n'est pas nécessaire que mon esclave ait un pécule, il n'est pas nécessaire que le fonds en vue duquel il stipule ainsi soit dans son pécule. — Au contraire, pour qu'une servitude prédiale puisse être léguée à mon esclave, il faut que le fonds destiné à devenir dominant soit compris dans son pécule. L'esclave ici n'est pas simplement un instrument d'acquisition pour son maître, il est une personne distincte, et le pécule est considéré comme formant son patrimoine. Nous avons sur ce point trois textes, qui se complètent l'un par l'autre. D'après un premier texte, emprunté à Papinien, *Etsi maximè testamenti factio cum servis alienis ex personâ dominorum est, ea tamen, quæ servis relinquuntur, ità valent si liberis relicta possent valere : sic ad fundum domini via servo frustrà legatur* (2) Voici un second texte, où Paul compare le cas de legs et le cas de stipulation : *Servo via inutiliter legatur ; stipulatur autem eam utiliter, si dominus fundum habeat* (3). Ces deux premiers textes supposent que l'esclave légataire n'a point un fonds dans son pécule. J'en trouve la preuve dans ce troisième texte, du jurisconsulte Mæcianus : *Servitus quoque servo prædium habenti rectè legatur* (4).

4° Nous savons que, dans l'ancien droit, je ne pouvais pas stipuler *post mortem meam*, tandis que je pouvais très-bien stipuler *post mortem alterius*. Quand mon esclave stipule, c'est réellement moi qui stipule par son ministère : en conséquence, il peut bien stipuler *post mortem suam*, mais non *post mortem meam*. — Le legs ne pouvait pas non plus être fait *post mortem legatarii*. Mais la personne de l'esclave légataire étant prise en considération, on arri-

(1) Voy. Paul, L. 82 § 2, D., *De leg.*-2°; et notre t. I, p. 743 et 744.
(2) L. 5, D., *De servit. leg.* (33, 3).
(3) *Fragm. du Vatican*, § 56.
(4) L. 17 § 1, D., *De leg.*-3°.

vait ici à la décision précisément inverse de celle qui vient d'être indiquée pour le cas de stipulation : un legs pouvait bien être fait à mon esclave *post mortem meam*, mais non *post mortem ejus*. Paul établit très-bien la différence : *Post mortem suam, sicut cætera, usumfructum servus stipulari potest; quod aliter est in legatis* (1).

Aux différences qui viennent d'être signalées entre la stipulation et le legs il faut en ajouter une autre. Nous savons que, quand un legs est conditionnel, *dies legati cedit eveniente conditione*, ce qui signifie notamment que le bénéfice du legs est acquis au maître sous la puissance duquel l'esclave légataire se trouve lors de l'arrivée de la condition. Il en est autrement en matière de stipulation : pour savoir à qui profite la stipulation, il faut toujours considérer l'état de choses existant au moment où elle a été faite. Ainsi, l'esclave de Primus a stipulé sous condition; au moment où la condition se réalise, cet esclave a cessé d'appartenir à Primus, il appartient actuellement à Secundus : c'est néanmoins Primus qui est investi du droit résultant de la stipulation. J'ai déjà signalé cette décision, en parlant de l'effet rétroactif de la condition une fois accomplie (2). — Il est cependant possible qu'on ne sache pas, au moment même où la stipulation est faite, à qui elle profitera. En effet, il peut y avoir incertitude sur le point de savoir à qui appartient l'esclave qui stipule. Cet esclave appartenait à un homme qui est actuellement prisonnier chez l'ennemi : suivant que le maître mourra en captivité ou qu'il viendra mourir à Rome, on reconnaîtra que l'esclave au moment où il a stipulé appartenait à telle personne ou à telle autre. — Il est également possible qu'on ne sache pas dès le principe si la stipulation vaut ou si au contraire elle est inutile. Un mari donne à sa femme *mortis causâ* un esclave ; du vivant du mari donateur, l'esclave stipule nominativement pour la femme : « Le sort de l'obligation, dit Javolenus, est en suspens, *donec vir aut moriatur aut suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur. Quidquid autem eorum inciderit quod donationem aut peri-*

(1) *Fragm. du Vatican*, § 57 *in fine*.
(2) Voy., ci-dessus, p. 192 et 193.

mat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet » (1).

En terminant ces notions générales sur la stipulation des esclaves, nous remarquerons que le maître profite de la stipulation, lors même qu'il ne le voudrait pas, lors même qu'il aurait défendu à l'esclave de la faire. *Nobis adquiritur*, dit Justinien, *quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex quâlibet aliâ causâ adquirant : hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit* (2).

Les Institutes s'occupent spécialement du *servus hereditarius*, c'est-à-dire de l'esclave qui fait partie d'une hérédité encore jacente. En réalité, cet esclave n'a point de maître : on pourrait donc croire qu'il est incapable de stipuler valablement. Mais nous savons déjà que les jurisconsultes romains personnifiaient l'hérédité jacente, qu'ils la considéraient comme ayant pris la place du défunt (3). Nous trouvons ici une application importante de cette fiction : *Hereditas, in plerisque, personæ defuncti vicem sustinet ; ideòque quod servus hereditarius antè aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi posteà facto adquiritur* (4). — Du reste, dans la stipulation ainsi faite par un *servus hereditarius*, il y a toujours une condition implicite, ou, en d'autres termes, l'existence de cette stipulation se trouve être *in pendenti*. C'est ce qu'indique très-bien le jurisconsulte Paul : *Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat* (5). Si en définitive la succession reste abandonnée, il ne se trouve personne pour profiter de la stipulation, la stipulation est nulle, comme ayant été faite par un esclave sans maître.

Justinien dit que l'hérédité jacente représente le défunt. Ailleurs

(1) L. 20, D., *De donat. inter. vir. et ux.* (24, 1). Pour comprendre ce texte, il faut se rappeler que la stipulation est nulle quand l'esclave stipule nominativement pour un *extraneus*.— Voy. aussi Papinien, L. 18 § 2, D., *De stipulat. serv.*

(2) Inst., § 3 (au commencement) *Per quas pers. nob. adquir.* (II, 9).

(3) Voy. Inst., § 2 *De hered. instit.* (II, 14), et notre t. I, p. 648.

(4) Inst., pr. *De stipulat. serv.*

(5) L. 73 § 1, D., *De verbor. oblig.*



on donne un effet rétroactif à l'adition faite par l'héritier : à en croire le jurisconsulte Florentinus, *heres quandoque adeundo hereditatem, jàm tunc a morte successisse defuncto intelligitur* (1). Évidemment il y a là deux fictions qui s'excluent l'une l'autre, entre lesquelles il faut choisir : ou l'hérédité jacente est censée appartenir encore au défunt, ou elle est censée appartenir déjà à l'héritier. De ces deux fictions, c'est la première qui avait été généralement admise. La deuxième n'a sans doute été imaginée que pour justifier une solution qui paraissait préférable dans des cas particuliers. Ainsi, je suppose qu'un *servus hereditarius* a stipulé nominativement pour l'héritier futur : la stipulation est-elle nulle ou est-elle valable ? Évidemment il faut dire qu'elle est nulle, si l'on s'en tient à la règle *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet* (2). Mais cela paraît bien rigoureux à certains jurisconsultes ; et, pour valider la stipulation dont il s'agit, ils font remarquer que l'adition une fois faite par l'héritier doit avoir un certain effet rétroactif jusqu'à la mort du *de cujus* (3). Gaius indique très-bien la divergence : *Illud quæsitum est*, dit-il, *an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse : quia qui posteà heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Quæ ratio illo argumento commendatur quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit. Manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri* (4).

Les Institutes, tout en déclarant que l'hérédité jacente représente le défunt, ajoutent qu'il en est ainsi *in plerisque*, la plupart du temps, mais non pas d'une manière absolue. En effet, nous voyons d'abord que, si le *servus hereditarius* s'avisait de stipuler nominativement pour son maître défunt, la stipulation ainsi faite serait nulle (5): La stipulation serait également frappée de nullité si elle avait pour objet un droit d'usufruit ou un droit d'usage. *Ususfructus sine personâ esse non potest*, dit Paul, *et ideò servus he-*

(1) L. 54, D., *De adquir. vel omitt. heredit.* (29, 2).
(2) C'est aussi ce que dit Paul : L. 16, D., *De stipulat. serv.*
(3) Voy. Modestin, L. 35, D., *De stipulat. serv.*
(4) L. 28 § 4, D., *De stipulat. serv.*
(5) Papinien, L. 18 § 2, D., *De stipulat. serv.*

reditarius inutiliter usumfructum stipulatur. Legari ei posse dicitur, quia dies ejus non cedit statim (1); *stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergò si sub conditione stipuletur? Videamus ne nec hoc casu valeat, quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex eâ suspensa sit* (2).

L'esclave peut stipuler de différentes manières : il peut stipuler pour son maître, ou pour lui-même, ou pour une autre personne soumise à la même puissance, ou enfin d'une manière générale et sans dire pour qui il stipule. En principe, le résultat est toujours le même : *sive domino*, *sive sibi*, *sive conservo suo*, *sive impersonaliter servus stipuletur*, *domino adquirit* (3). — Mais, si l'esclave stipulait nominativement pour un *extraneus*, la stipulation serait nulle : *si quis alii quàm cujus juri subjectus sit stipuletur*, *nihil agit* (4). Nous avons vu que, par application de cette idée, certains jurisconsultes tenaient pour nulle la stipulation que le *servus hereditarius* aurait faite *heredi futuro*.

Quand la stipulaíon faite par l'esclave doit produire le droit d'accomplir un certain acte, il importe beaucoup d'examiner dans quelle forme est conçue cette stipulation. Ainsi, mon esclave ayant stipulé de Titius qu'il pourra passer sur son fonds, si Titius s'oppose au passage de l'esclave, sans doute c'est moi qui poursuivrai Titius et qui le ferai condamner dans les limites de l'intérêt que j'avais à ce que l'esclave pût passer; mais, si Titius s'oppose à ce que moi-même je passe sur son fonds, il ne contrevient pas le moins du monde à l'obligation par lui contractée. Justinien, à cet égard, s'exprime très-clairement : *Cùm factum in stipulatione continebitur*, *omnimodo persona stipulantis continetur*, *veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat : ipse enim tantùm prohiberi non de-*

(1) Voy. notre t. I, p. 765.

(2) *Fragm. du Vatican*, § 55; L. 26, D., *De stipulat. serv.*

(3) Inst., § 1 *De stipulat. serv.* — Le texte dit qu'il en est de même pour les *filiifamiliâs*, *ex quibus causis adquirere possunt*. Sur ces derniers mots, comp. § 4 *in fine De inutil. stipulat.*, et, ci-dessus, p. 214 et 215. A la différence de l'esclave, le fils de famille peut avoir un pécule dont il est propriétaire; de même il peut se porter *adstipulator*, et alors la créance résultant de l'*adstipulatio* n'est pas acquise au père (Gaius, III, § 114).

(4) Inst., § 4 (au commencement) *De inutil. stipulat.*

bet, non etiam dominus ejus (1). Le promettant est bien obligé envers le maître, dès que celui-ci a intérêt; mais l'objet de l'obligation, c'est laisser passer l'esclave. — Le jurisconsulte Paul fait application de la même idée, lorsqu'il dit : *Si stipulatus fuerim illud aut illud*, QUOD EGO VOLUERO, *hæc electio personalis est; et ideò servo vel filio talis electio cohæret* (2). La stipulation dont il s'agit ayant été faite par un fils de famille ou par un esclave, c'est au fils de famille ou à l'esclave, non au père ou au maître, qu'il appartient d'opter.

Le mot *habere* pouvait être pris dans deux sens, comme signifiant *être propriétaire* ou simplement *avoir la détention d'une chose* (3). En conséquence, des doutes s'étaient élevés sur le cas où un esclave a stipulé *sibi habere licere*. Suivant Julien, la stipulation est nulle : *non enim factum, sed jus, in hâc stipulatione vertitur*. Ulpien rejette cette interprétation : il tient la stipulation pour valable, en supposant, bien entendu, chez le maître un intérêt appréciable. *Videtur mihi*, dit Ulpien, *licet juris verba contineat hæc stipulatio, tamen sic esse accipiendam ut in servo et in filiofamiliâs videatur actum esse de possessione retinendâ aut non auferendâ et vires habeat stipulatio* (4).

Il nous reste à parler du *servus communis*, c'est-à-dire de l'esclave qui appartient par indivis à plusieurs maîtres.

La règle est que la stipulation faite par le *servus communis* profite à chacun des maîtres en proportion de la part indivise qu'il a dans la propriété de l'esclave : *Servus communis, stipulando, unicuique dominorum pro portione dominii adquirit* (5). Et cette règle serait suivie lors même que l'esclave aurait stipulé *ex re unius domini*, en fournissant au promettant une valeur qui appartient en propre à l'un des maîtres ; ce maître aurait seulement un recours.

(1) Inst., § 2 *De stipulat. serv.* Comp. Paul, L. 130, D., *De verbor. oblig.* (texte rapporté ci-dessus, p. 215).

(2) L. 76 pr., D., *De verbor. oblig.*

(3) Ulpien, L. 38 § 9, D., *De verbor. oblig.*

(4) L. 38 § 6, D., *De verbor. oblig.*

(5) Inst., § 3 (au commencement) *De stipulat. serv.* Comp. notre t. I, p. 600.

C'est ce que dit expressément Gaius : *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri; sed eum, cujus ex re facta est stipulatio, cum socio, communi dividundo aut societatis judicio, de parte recuperandâ rectè acturum* (1).

Voici maintenant différents cas dans lesquels la règle qui vient d'être posée cesse de s'appliquer.

1° L'esclave a stipulé nominativement pour un de ses maîtres : comme l'indique le texte même des Institutes, la créance est acquise exclusivement au maître qui a été ainsi nommé. — Nous savons déjà qu'on était arrivé à considérer fictivement le *servus publicus* comme appartenant par indivis à tous les citoyens romains: on pouvait ainsi, par le ministère d'un *servus publicus*, faire acquérir un droit de créance à des personnes qui n'étaient pas en position de l'acquérir autrement. Du reste, ces personnes, ne devenant créancières qu'à l'aide d'une fiction, ne pouvaient exercer *ex istâ stipulatione* qu'une action utile (2).

2° L'esclave stipule nominativement pour ses différents maîtres : alors chacun acquiert, non plus en proportion de sa part indivise dans la propriété de l'esclave, mais pour une part virile. *Si communis servus*, dit Pomponius, *ità stipularetur* : LUCIO TITIO ET GAIO SEIO DARE SPONDES? *qui sunt domini illius : pro virilibus partibus eis ex stipulatione debetur. Si verò ità* : DOMINIS MEIS DARE SPONDES? *pro parte quâ domini essent. Si verò ità* : LUCIO TITIO ET GAIO SEIO, DOMINIS MEIS, DARE SPONDES? *dubitaretur utrùmne viriles partes, an pro dominicâ portione eis deberetur. Et interesset quid cujus demonstrandi gratiâ esset adjectum, et quæ pars ejus stipulationis principalem causam haberet. Sed, cùm ad nomina priùs decursum est, rationabilius esse videtur pro virili parte stipulationem eis adquiri, quòd dominorum vocabula pro demonstratione habeantur* (3).

3° L'esclave a stipulé sur l'ordre d'un de ses maîtres. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'effet que devait alors avoir la stipulation. *Illud quæritur*, dit Gaius, *an quod nomen adjectum unius domini efficit, idem faciat unius ex dominis jussum*

(1) L. 28 § 1, D., *De stipulat. serv.*
(2) Voy. notre t. I, p. 304 et 409.
(3) L. 37, D., *De stipulat. serv.*

intercedens. Nostri præceptores perindè ei qui jusserit soli adquiri existimant atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus. Diversæ scholæ auctores proindè utrisque adquiri putant ac si nullius jussum intervenisset (1). C'est l'opinion sabinienne qui a été consacrée par Justinien (2).

4° La chose stipulée par le *servus communis* ne peut pas être acquise par l'un des maîtres : la stipulation alors profite exclusivement à l'autre. *Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur, veluti si res quam dari stipulatus est, unius domini sit* (3). — Je rattache ici une décision assez curieuse de Papinien. Un esclave, appartenant en commun à Mævius et à un pécule castrens, stipule après la mort du fils de famille militaire, avant que l'héritier institué par lui n'ait fait adition ; Mævius, qui pour le moment se trouve seul propriétaire, obtient tout le bénéfice de la stipulation. « En effet, dit Papinien, une hérédité qui n'existe pas encore *partem non facit.* De ce que le fils de famille défunt a institué un héritier, il ne s'ensuit pas que dès à présent il ait une hérédité. Des Constitutions impériales permettent au fils de famille de tester sur son pécule ; mais il n'y a pas à parler de ce privilége, tant que le testament n'a pas été confirmé par l'adition de l'institué » (4). Cette décision de Papinien paraîtra bien subtile, surtout si l'on considère que, d'après Papinien lui-même, quand l'esclave appartient privativement au pécule, la stipulation qu'il fait avant l'adition peut profiter à l'institué (5).

Un *servus communis* stipule d'un tiers pour un de ses maîtres la partie de lui-même qui appartient à l'autre : la stipulation est valable, et profite au maître *non dominus promissæ partis.* Il en est

(1) Comment. III, § 167 A.

(2) Inst., § 3 *De stipulat. serv.*, et § 3 *in fine Per quas pers. nob. oblig. adquir.* (III, 28). — Que décider si l'esclave, ayant reçu de Primus l'ordre de stipuler, stipule nominativement pour Secundus ? *Nobis*, dit Justinien, *verior eorum sententia videtur qui domino qui jussit asserunt stipulationem et ei tantummodò adquiri dixerunt :* L. 3, C., *Per quas pers. nobis adquir.* (4, 27).

(3) Inst., § 3 *in fine De stipulat. serv.*

(4) L. 18 pr., D., *De stipulat. serv.*

(5) L. 14 § 1, D., *De castr. pecul.* (49, 17). La fin de ce texte est de Tribonien.

de même si l'esclave stipule *impersonaliter* la *pars suî* qui appartient à l'un de ses maîtres. Mais s'il avait stipulé *eam partem sibi dari*, la stipulation serait nulle : il est trop bizarre d'exprimer que l'obligation naît au profit de celui-là même qui est *pro parte* l'objet de l'obligation (1).

DIVISION DES STIPULATIONS.

Nous savons déjà que toute stipulation est *certa* ou *incerta ;* nous savons également que toute stipulation est pure et simple, ou à terme, ou conditionnelle. C'est à un autre point de vue que nous allons maintenant nous placer pour étudier diverses classes de stipulations, au point de vue des circonstances dans lesquelles une stipulation peut intervenir.

Les rédacteurs des Institutes disent, après Pomponius : « Parmi les stipulations, les unes sont *judiciales*, d'autres sont *prætoriæ*, d'autres sont *conventionales ;* d'autres enfin sont *communes, tàm prætoriæ quàm judiciales* » (2). — Nous remarquerons dès à présent que l'action qui naît d'une stipulation est toujours une action civile. La stipulation peut être prétorienne : l'action qu'elle produit n'en est pas moins civile.

Étudions successivement les quatre classes de stipulations qui viennent d'être indiquées, en commençant par les *conventionales*.

I. *Conventionales sunt quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque jussu judicis neque jussu Prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt quot, penè dixerim, rerum contrahendarum* (3). La stipulation conventionnelle ne se forme pas sur l'invitation du magistrat ou du juge ; elle dérive de la libre volonté des parties, qui sanctionnent et fortifient

(1) Papinien, L. 18 § 1, D., *De stipulat. serv.* Comp. Ulpien, L. 2 *eod. Tit.*

(2) L. 5 pr., D., *De verbor. oblig.;* Inst., pr. *De divis. stipulat.* (III, 18). — Nous verrons que le jurisconsulte Ulpien prend dans un autre sens les mots *judiciales* et *communes :* pour lui, la stipulation judiciaire et la stipulation commune sont des espèces de stipulations prétoriennes.

(3) Inst., § 3 *De divis. stipulat.* Comp. Pomponius, L. 5 pr., D., *De verbor. oblig.*

au moyen de cette forme les arrangements qu'elles viennent de conclure. Comme le dit Ulpien, *in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; enimverò prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas proposuit* (1). Les stipulations conventionnelles, à la différence des stipulations prétoriennes, doivent être interprétées uniquement d'après la volonté, d'après l'intention des parties.

II. La *stipulatio judicialis* suppose deux parties qui plaident l'une contre l'autre et qui sont devant le juge. Le juge invite le défendeur à prendre un certain engagement envers le demandeur, moyennant quoi une sentence d'absolution sera prononcée; si au contraire le défendeur n'obéit pas à l'invitation du juge, il sera condamné. Pomponius et, après lui, Justinien disent, en parlant de ces stipulations : *Duntaxat a mero judicis officio proficiscuntur* (2). On nous en donne deux exemples, savoir : la *cautio de dolo* et la *cautio de persequendo servo qui in fugâ est, restituendove pretio.*

Je revendique mon esclave contre vous, et le juge vous ordonne de me le restituer. Pour obtenir votre absolution, il ne suffit pas que vous me rendiez l'esclave, il faut encore que vous promettiez qu'il n'y a de votre part aucun dol : alors, si méchamment vous l'avez empoisonné ou corrompu avant de me le rendre, j'aurai contre vous une action *ex stipulatu*. J'aurais surtout intérêt à exiger de vous cette *cautio de dolo* si *inter moras litis* vous aviez usucapé l'esclave : car, en ce cas, il serait à craindre que vous ne l'eussiez affranchi, aliéné ou grevé de droits réels au profit d'un tiers (3). — Remarquez que, si le revendiquant établit que son adversaire a possédé de mauvaise foi, celui-ci, pour être absous, devra *cavere*, non-seulement *de dolo*, mais encore *de culpâ* (4).

Nous supposons toujours que je revendique contre vous un esclave que vous avez usucapé *inter moras litis*. De plus, l'esclave s'est enfui, de sorte que vous êtes actuellement hors d'état de me

(1) L. 52 pr., D., *De verbor. oblig.*
(2) L. 5 pr., D., *De verbor. oblig.*; Inst., § 1 *De divis. stipulat.*
(3) Gaius, L. 18, D., *De rei vindic.* (6, 1). Comp. notre t. I, p. 547.
(4) Ulpien, L. 45, D., *De rei vindic.*

le restituer. Il faut distinguer, suivant que l'esclave s'est enfui par votre dol, ou par votre faute, ou sans qu'il y ait ni dol ni faute de votre part; Si l'esclave s'est enfui par votre dol, vous serez condamné à la somme que moi-même j'aurai fixée sous la foi du serment: c'est comme si, le possédant encore, vous résistiez à l'ordre du juge, qui vous commande de me le restituer (1). Si l'esclave s'est enfui par votre faute, le juge de la revendication vous absoudra, mais à charge par vous de me donner la caution *de persequendo servo restituendove pretio*, c'est-à-dire de me promettre que vous allez rechercher l'esclave pour me le rendre ou, à défaut, que vous m'en paierez la valeur. Enfin, si l'esclave s'est enfui sans qu'il y ait ni dol ni faute à vous reprocher, parce qu'il était *integræ opinionis* et par conséquent *non custodiendus*, pour obtenir votre absolution il vous suffira de me céder toutes actions que vous pouvez avoir relativement à cet esclave (2). Je m'écarte ici de la doctrine de mon savant maître M. Pellat. Suivant lui, la caution *de persequendo servo restituendove pretio* s'applique lorsqu'il n'y a eu ni dol ni faute de la part du défendeur (3). Cela me paraît contraire aux principes et au texte. 1° *Aux principes:* car celui qui a cessé de posséder sans dol et sans faute ne peut pas être tenu de restituer la chose ou sa valeur. 2° *Au texte:* car, suivant Paul, *si servus integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si intereà eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus ejus temporis quo possedit præstet.* La fin du texte est surtout décisive: *Julianus, in his casibus ubi propter fugam servi possessor absolvitur, et si non cogitur cavere de persequendâ re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat...* Il est vrai que Paul, prévoyant le cas de simple faute, ne parle pas de la caution *de persequendo servo restituendove pretio*, et se borne à dire que le défendeur *servi nomine damnari debebit;* mais, que le défendeur soit condamné à la valeur de l'esclave, ou qu'il soit absous moyennant promesse de restituer l'esclave ou sa valeur, au fond le résultat n'est-il pas le même?

(1) Ulpien, L. 22, D., *De rei vindic.*
(2) Paul, L. 21, D., *De rei vindic.*
(3) *Commentaire du Livre VI des Pandectes*, p. 203.

Aux deux exemples de cautions *judiciales* que donnent les Institutes, nous pouvons en ajouter plusieurs autres ;

La chose revendiquée contre un possesseur de bonne foi est un meuble qui ne se trouve pas là où l'affaire est jugée. En quel lieu se fera la restitution? Le demandeur peut exiger qu'à ses frais et à ses risques la restitution ait lieu *ibi ubi judicatur* : alors l'absolution du défendeur sera prononcée, mais *de restitutione cum satisdatione cavebitur* (1).

Lorsque le juge ordonne au défendeur de fournir caution, la sanction consiste dans la condamnation qui serait prononcée contre ce défendeur s'il n'obéissait pas au *jussus judicis*. A l'inverse, c'est quelquefois le demandeur qui est invité par le juge à fournir caution au défendeur; et alors la sanction, en cas de désobéissance du demandeur, consisterait dans l'absolution du défendeur. Supposons que le possesseur d'une maison a promis à un voisin de l'indemniser en cas de chute de la maison : le propriétaire, revendiquant contre le possesseur, doit promettre de le garantir vis à vis du voisin (2). De même, le possesseur d'un fonds est actionné en revendication par Primus et par Secundus : si le juge saisi de la revendication de Primus reconnaît qu'elle est fondée, il doit ordonner à Primus de s'engager à venir garantir le défendeur pour le cas où de son côté Secundus obtiendrait gain de cause contre lui (3).

III. La stipulation prétorienne est celle *quæ a mero Prætoris officio proficiscitur*. Cela comprend même les *stipulationes ædilitiæ : nàm et hæ a jurisdictione veniunt* (4).

Les stipulations prétoriennes peuvent intervenir au début d'une instance, d'un *judicium;* elles peuvent aussi intervenir *extrà ordinem*, en dehors de tout procès. A la première classe de stipulations prétoriennes appartient la caution *judicatum solvi*, que nous retrouverons plus loin (5). A la deuxième classe appartiennent les

(1) Ulpien, L. 11, D., *De rei vindic*. Comp. Paul, L. 12 § 5, D., *Ad exhib.* (10, 4); Inst., §§ 2 et 3 *De officio jud.* (IV, 17).

(2) Ulpien, L. 19, D., *De rei vindic.*

(3) Alfenus, L. 57, D., *De rei vindic.*

(4) Pomponius, L. 5 pr., D., *De verbor. oblig.*; Inst., § 2 *De divis. stipulat*

(5) Voy., Inst., pr. *De satisdat.* (IV, 11).

deux stipulations que les Institutes citent comme exemples, savoir : la *cautio damni infecti* et la *cautio legatorum*.

L'emploi de la *cautio damni infecti* se présente dans deux cas bien distincts. D'abord, lorsqu'une personne, en vertu d'un droit de servitude qui lui appartient, veut faire un certain travail sur le fonds du voisin, par exemple réparer un aqueduc, cette personne doit commencer par donner au voisin la caution *damni infecti*, c'est-à-dire promettre de réparer le dommage qu'elle pourra occasionner par le travail dont il s'agit (1). En second lieu, mon voisin peut exiger de moi la même *cautio* lorsqu'il est à craindre qu'une construction ou qu'un arbre qui m'appartient ne lui nuise en tombant sur son fonds : ne s'étant pas fait donner la *cautio*, il n'aurait contre moi aucune action en indemnité (2). C'est seulement à propos de cette deuxième application qu'il est nécessaire d'entrer dans quelques détails. Suivant les cas, le voisin peut exiger une simple promesse (*nuda repromissio*) ou bien un engagement garanti par fidéjusseurs (*satisdatio*) : *Damni infecti suo nomine promitti*, disait le Préteur, *alieno satisdari jubebo*. S'agit-il d'un propriétaire ou d'un possesseur de bonne foi, on ne peut lui demander qu'une *nuda repromissio ;* s'agit-il, au contraire, d'un superficiaire, d'un usufruitier, d'un créancier gagiste ou d'un homme qui a construit *in loco publico*, il devra *satisdare*. Qu'arriverait-il si la *cautio* n'était pas fournie conformément à l'ordre du magistrat ? Il paraît qu'anciennement elle était réputée fournie, en ce sens que, le dommage prévu se réalisant, action était donnée *proindè atque si de eâ re, cùm ità postulatum esset, damni infecti ex formulâ rectè repromissum satisvedatum esset* (3). Plus tard, le Préteur admit que, sur le refus de fournir la *cautio*, il y aurait lieu tout d'abord à un envoi en possession au profit du voisin. Du reste, le magistrat peut rendre successivement deux décrets. En vertu du premier décret, le voisin est mis seulement *in possessione*, et l'effet de ce premier décret s'évanouirait si la *cautio* était fournie. Au

(1) Voy. notamment Ulpien, L. 30, D., *De damno inf.* (39, 2).

(2) Ulpien, L. 7 pr., D., *De damno inf.*, rapporte le texte même de l'Edit prétorien qui avait établi cette caution.

(3) Voy. la *Lex Galliæ Cisalpinæ*, ch. xx.

bout d'un certain temps, après une *causæ cognitio* préalable, le magistrat peut rendre un deuxième décret en vertu duquel le voisin devient propriétaire : la maison *ruinosa* est mise *in bonis ejus*, et par l'usucapion il peut arriver au *dominium ex jure Quiritium* (1).

Le légataire qui n'obtient pas son paiement dès que les biens de la succession sont acquis à l'héritier, ce légataire, en attendant l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition, a droit de se faire donner caution par l'héritier. *Nec sine ratione*, dit Ulpien, *hoc Prætori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ità legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed aut satisdabitur eis, aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire Prætor voluit* (2). Il résulte d'un texte de Paul que l'héritier, au lieu de *satisdare*, aurait pu engager ou hypothéquer son propre bien au légataire (3). Si l'héritier refuse de fournir au légataire la garantie à laquelle celui-ci a droit, le légataire obtiendra du Préteur le bénéfice d'un envoi en possession, lequel peut même s'étendre à tous les biens de la succession (4).

Comme exemple de stipulation édilitienne, je citerai la *cautio duplæ*, que le vendeur fournit à l'acheteur, soit en vue du cas d'éviction, soit en vue du cas où il se trouverait que la chose est atteinte de vices rédhibitoires (5).

IV. La stipulation commune a tantôt le caractère d'une stipulation prétorienne et tantôt celui d'une stipulation judiciaire. En effet, c'est bien le Préteur qui ordonne qu'elle intervienne; cependant l'ordre pourrait également être donné par le juge, *si aliter expediri res non potest* (6). Les Institutes nous donnent deux exemples de stipulations communes, savoir : la stipulation *de rato* et la stipulation *rem pupilli salvam fore*.

(1) Voy. Ulpien, L. 15 § 16, D., *De damno inf.*; Paul, L. 1 pr., D., *De fundo dot.* (23, 5).

(2) L. 1 § 2, D., *Ut legatu. se fideic. servand. causâ caveatur* (36, 3).

(3) L. 28, D., *De pign. et hyp.* (20, 1).

(4) Voy., au Digeste, le Titre *Ut in poss. legat. vel fideic.* (36, 4).

(5) Voy. notamment Gaius, L. 28, D., *De ædil. Edicto* (21, 1), et Ulpien, L. 37 § 1, D., *De eviction.* (21, 2).

(6) Pomponius, L. 5 pr., D., *De verbor. oblig.*; Inst., § 4 *De divis. stipulat.*

Lorsqu'un homme intente une action pour le compte d'autrui en qualité de *procurator*, le Préteur exige qu'il fournisse caution au défendeur. *Procurator si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum habiturum : periculum enim est ne iterùm dominus de eâdem re experiatur* (1). Cette caution est bien prétorienne : c'est le Préteur qui d'une manière générale a décidé qu'elle pourrait être exigée ; c'est aussi le Préteur qui dans chaque affaire invite le *procurator actoris* à la fournir. Il paraît même qu'anciennement, si on avait omis de la faire donner *in jure*, devant le magistrat, il aurait été trop tard pour en parler *in judicio*, devant le juge : *Ratihabitionis satisdatio*, dit en effet Ulpien, *antè litis contestationem a procuratore exigitur; cœterùm, semel lite contestatâ non compelletur ad cautionem* (2). Cela étant, qu'a donc voulu dire Justinien, en présentant la stipulation *de rato* comme une stipulation commune ? Sans doute son idée est que, d'une part, la *cautio* dont il s'agit est d'institution prétorienne, et que, d'autre part, dans chaque affaire elle est fournie sur l'ordre du juge (qui, du reste, dans le droit de Justinien, se confond avec le magistrat).

Nous savons que certains tuteurs doivent fournir caution à leur pupille; quelquefois un tuteur, qui va seul administrer, fournit caution à son co-tuteur (3). La caution dont il s'agit, instituée et réglementée par le Préteur, est bien une caution prétorienne. Mais supposons qu'un tuteur qui doit la fournir actionne, sans l'avoir encore fournie, un débiteur de son pupille : ici il faudra nécessairement que le juge, instruit de l'état des choses, intervienne et ordonne au tuteur de fournir de suite cette caution *rem pupilli salvam fore*. Cela est nécessaire, *res aliter expediri non potest* : car la sentence rendue contre le tuteur sans que la caution eût été fournie serait frappée de nullité (4).

(1) Gaius, IV, § 98; Inst., pr. et § 1 *De satisdat.* (IV, 11).

(2) L. 40 § 3, D., *De procurat.* (3, 3).

(3) Comp. Inst., pr. et § 1 *De satisdat. tut.* (I, 24); Ulpien, L. 17 pr., D., *De testam. tut.* (26, 2).

(4) C'est ce que disent les empereurs Dioclétien et Maximien, dans un rescrit adressé à une pupille : *Si tutor, qui pro tutelari officio non caverat, judicio expertus est, adversùs eum lata sententia juri tuo officere non potuit....* L. 3, C., *De tut. vel curat. qui satis non dedit* (5, 42).

Après avoir montré que la stipulation *rem pupilli salvam fore* a le caractère d'une stipulation commune, Pomponius ajoute : *Item duplæ stipulatio venit ab judice aut ab Ædilis Edicto.* Nous savons déjà que la *stipulatio duplæ* a son origine dans l'Édit des Édiles; mais en quel sens peut-on dire *venit ab judice?* Cela se réfère, sans doute, à ce qui avait lieu dans l'action noxale. Un esclave a commis un délit à mon préjudice; j'agis *noxaliter* contre le propriétaire. Celui-ci peut se dispenser de me payer le montant de la peine, en m'abandonnant l'esclave ; mais il faut qu'il me donne caution pour le cas où je viendrais à être évincé par suite de son fait : *officii judicis hoc erit ut caveatur ei cui deditur, ob evictionem ob suum factum contingentem* (1).

Ulpien prend dans une acception toute différente les épithètes *judiciales* et *communes*. Suivant lui, *prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : judiciales, cautionales, communes.* JUDICIALES *eas dicimus quæ propter judicium interponuntur, ut ratum fiat : ut judicatum solvi et ex operis novi nunciatione.* CAUTIONALES *sunt autem quæ instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutelâ, et ratam rem haberi, et damni infecti.* COMMUNES *sunt stipulationes quæ fiunt judicio sistendi causâ. Et sciendum est omnes stipulationes naturâ suî cautionales esse : hoc enim agitur in stipulationibus ut quis cautior sit et securior interpositâ stipulatione* (2).

Ainsi, dans le langage d'Ulpien, la stipulation *judicialis* est une stipulation prétorienne qui intervient *propter judicium*, à l'occasion d'une instance et pour en assurer le résultat. Telle est la caution *judicatum solvi* (3); telle est aussi la caution donnée *ex operis novi nunciatione*. Lorsque mon voisin commence un *novum opus*, je puis lui signifier défense de le continuer, en prétendant qu'il viole mon droit : alors, s'il s'arrête, c'est à moi à justifier de ma prétention dans un certain délai ; s'il veut continuer, il faut qu'il prenne l'engagement de démolir pour le cas où il succomberait

(1) Ulpien, L. 14 § 1 *in fine*, D., *De noxal. act.* (9, 4).
(2) L. 1 pr. et §§ 1-4, D., *De stipulat. præt.* (46, 5).
(3) Voy. Inst., pr. *De satisdat.* (IV, 11).

dans le procès sur le fond (1). — La stipulation est proprement dite *cautionalis* lorsqu'elle procure une action à celui qui sans cette stipulation n'en aurait point. On demande au Préteur d'ordonner qu'elle aura lieu, comme on lui demande de délivrer la formule d'une action (2). Telle est la caution *legatorum;* telle, la caution *damni infecti;* telle, la caution *de tutelâ*, lorsque le tuteur qui veut administrer seul promet à son co-tuteur *rem pupilli salvam fore.* Le texte cite encore la caution *de rato;* mais Cujas estime qu'il y a ici transposition : en effet, la caution *de rato* paraît être plutôt *judicialis.* — Enfin Ulpien appelle *stipulatio communis* celle qui est à la fois *judicialis* et *cautionalis.* Un homme qui veut obtenir contre moi condamnation m'entraîne *in jus,* par-devant le magistrat : ne me souciant pas d'y aller aujourd'hui, je lui promets de m'y présenter tel jour : c'est une *cautio communis* (3).

DES OBLIGATIONS CORRÉALES.

Sous cet intitulé *Des obligations corréales*, je veux traiter des matières qui font l'objet du Titre des Institutes *De duobus reis stipulandi et promittendi* (III, 16).

Le mot *reus* désigne, en général, la partie intéressée, *is de re cujus agitur.* Dans toute obligation, il y a au moins deux parties intéressées, deux sujets. Spécialement en matière de stipulation, *qui stipulatur* REUS STIPULANDI *dicitur, qui promittit* REUS PROMITTENDI *habetur* (4). En procédure, le mot *reus*, opposé au mot *actor*, désigne proprement le défendeur : *Reos appello*, dit Cicéron, *non eos modò qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur : sic enim olim loquebantur* (5).

Supposons que deux personnes ont stipulé de Titius 100 sous d'or ; ou, réciproquement, supposons que deux personnes ont pro-

(1) Voy. spécialement Ulpien, L. 21 § 1, D., *De op. novi nunciat.* (39, 1).
(2) Comp. le même Ulpien, L. 37 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) Voy., au Digeste, le Titre *In jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent* (2, 6), et le Titre *Qui satisd. cogantur* (2, 8).
(4) Modestin, L. 1, D., *De duob. reis* (45, 2).
(5) *De orat.*, II, 43.

mis à Titius 100 sous d'or. Il est possible que des deux stipulants chacun ait le droit de demander 50 sous d'or, ou que des deux promettants chacun puisse être poursuivi pour 50 sous d'or : nous n'avons rien de particulier à dire sur cette première hypothèse. Mais il est possible aussi que des deux stipulants l'un quelconque ait le pouvoir d'exiger le paiement des 100 sous d'or et d'éteindre ainsi le droit de l'autre, que des deux promettants l'un quelconque puisse être actionné en paiement des 100 sous d'or, auquel cas l'autre se trouvera libéré. Dans cette deuxième hypothèse, nous disons qu'il y a obligation corréale, et cette nature d'obligation tient à la manière dont les stipulations ou les promesses ont été faites. Dans le doute sur le point de savoir comment les choses se sont précisément passées, que présumerons-nous? Nous présumerons la non-corréalité. C'est ce que dit Papinien : *Cùm tabulis esset comprehensum* ILLUM ET ILLUM CENTUM AUREOS STIPULATOS, *neque adjectum* ITA UT DUO REI STIPULANDI ESSENT, *virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario, cùm ità cautum inveniretur :* TOT AUREOS RECTÈ DARI STIPULATUS EST JULIUS CARPUS, SPOPONDIMUS EGO ANTONINUS ACHILLEUS ET CORNELIUS DIVUS, *partes viriles deberi : quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ità ut duo rei promittendi fierent* (1).

A propos des obligations corréales, nous allons examiner successivement : 1° quand il y a obligation corréale ; 2° en quoi consiste l'obligation corréale, quels en sont les effets.

1° *Quand y a-t-il obligation corréale?*

Les Institutes indiquent avec une grande précision la forme à suivre pour faire naître une obligation corréale. S'agit-il de rendre Primus et Secundus *duo rei stipulandi* vis à vis de Titius : Primus et Secundus ayant successivement interrogé Titius, celui-ci répondra : *Utrique vestrûm dare spondeo.* Si nous avions d'abord stipulation de Primus et réponse de Titius, puis stipulation de Secundus et réponse de Titius, alors, dit Justinien, *alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.* De même, s'agit-il

(1) L. 11 §§ 1 et 2, D., *De duob reis.*



de rendre Primus et Secundus *duo rei promittendi* vis à vis de Titius : Titius interroge successivement Primus et Secundus : *Primus, me promettez-vous cinq sous d'or? Secundus, me promettez-vous les mêmes cinq sous d'or?* Primus et Secundus répondent alors, chacun de son côté : *Je les promets* (1).

On a prétendu qu'il pourrait encore y avoir obligation corréale de Primus et de Secundus si la réponse de Primus avait précédé l'interrogation adressée à Secundus. Dans cette doctrine, le texte des Institutes indiquerait le moyen le plus ordinaire et le plus sûr, non le moyen unique, de faire naître l'obligation corréale. Cela me paraît absolument improbable. Les arguments invoqués à l'appui de la doctrine dont il s'agit, arguments tirés de différents textes du Digeste, ne sont nullement décisifs ; du moins ai-je essayé, dans un autre ouvrage, d'en montrer l'inanité (2).

— Aux Institutes comme au Digeste, c'est à propos de la matière des stipulations qu'on traite de l'obligation corréale. Du reste, il peut y avoir corréalité en dehors de toute stipulation. Voici, à cet égard, ce que dit Papinien : « J'ai remis une chose en dépôt à « deux personnes à la fois, comptant sur chacune pour le tout ; « ou bien j'ai de même prêté une chose à deux personnes : nous « avons là deux *rei promittendi*. En effet, l'obligation corréale ne « résulte pas seulement des paroles de la stipulation ; elle peut « aussi avoir lieu dans les autres contrats, tels que la vente, le « louage, le dépôt, le commodat ; de même dans le testament, si, « par exemple, un testateur, ayant institué plusieurs héritiers, a « dit : *Que Titius ou Mævius donne* 10 *à Sempronius* » (3).

On se demande si deux personnes qui reçoivent une somme à titre de *mutuum* ne peuvent pas, au moyen d'un simple pacte, se constituer *duo rei promittendi* envers le prêteur. Je crois que cela était possible même du temps des jurisconsultes. En ce sens, je puis d'abord invoquer le principe général, ainsi formulé par Ulpien : *Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt*

(1) Inst., pr. *De duob. reis.*

(2) *Des obligations solidaires en droit romain*, commentaire de la L. 3 pr., D., *De duob. reis* (p. 103 et suiv.).

(3) L. 9 pr., D., *De duob. reis.*

etiam numerationi pecuniæ (1). Je puis encore faire valoir ce que dit Paul : *Granius Antoninus, pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ità ut duo rei ejusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit* (2). Certes, rien n'indique ici que le prêteur ait stipulé des deux emprunteurs. Quoi qu'il en soit, trois Constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien ne laissent aucun doute sur la possibilité de faire naître une obligation corréale par un simple pacte ajouté au *mutuum* (3).

Nous verrons bientôt que les règles de l'*expensilatio* (contrat littéral) présentent beaucoup d'analogie avec celles de la stipulation. Cette analogie nous autorise déjà, par elle-même, à croire que l'obligation corréale peut résulter de l'*expensilatio* comme de la stipulation. Plusieurs textes, insérés au Digeste, viennent d'ailleurs confirmer cette induction (4).

Enfin les co-tuteurs, lorsque l'administration n'a pas été divisée entre eux par le magistrat ou par le testateur, sont responsables envers le pupille de telle manière qu'il peut choisir l'un d'entre eux pour lui demander la totalité (5).

Voilà différents cas dans lesquels les co-obligés sont tenus *in solidum*, dans lesquels le créancier peut poursuivre pour le tout l'un quelconque d'entre eux. Du reste, nous verrons bientôt que ces différents cas ne doivent pas être mis absolument sur la même ligne, qu'il n'y a pas dans tous corréalité proprement dite.

— Les co-débiteurs tenus *correaliter* doivent tous le même objet : comme le dit Justinien, *una res vertitur* (6). Mais il ne s'ensuit pas qu'il faille nécessairement qu'ils le doivent de la même manière. *Ex duobus reis promittendi alius purè, alius in diem vel sub conditione, obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio quominùs ab eo qui purè obligatus est petatur* (7). — Je rattache

(1) L. 7, D., *De reb. cred.* (12, 1).
(2) L. 71 pr., D., *De fidej.* (46, 1).
(3) LL. 5, 9 et 12, C., *Si certum pet.* (4, 2).
(4) Paul, L. 9 pr. *De pactis* (2, 14), et L. 34 pr. *De receptis* (4, 8).
(5) Voy. notamment Tryphoninus, L. 55 pr., D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7); Carinus et Numerianus, L. 2, C., *De divid. tutelâ* (5, 52).
(6) Inst., § 1 *De duob. reis.*
(7) Inst., § 2 *De duob. reis.* Comp. Florentinus, L. 7, D., *De duob. reis.* Même décision dans l'art. 1201 du Code Napoléon.

à ce principe un texte de Papinien, qui, à mon sens, a souvent été mal interprété. *Cùm duos reos promittendi facerem*, dit le jurisconsulte, *et ex diversis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, ex personâ cujusque ratio proprii temporis habebitur : nàm, etsi maximè parem causam suscipiunt, nihilominùs in cujusque personâ propria singulorum consistit obligatio* (1). Papinien suppose que je stipule de Primus et de Secundus, qui s'obligent *correaliter*, 100 sous d'or payables à Capoue ; il est entendu que Primus doit faire venir la somme de Rome, tandis que Secundus doit la faire venir de Lyon : le jurisconsulte reconnaît que virtuellement j'ai consenti un terme à mes deux débiteurs, et que l'échéance n'arrivera pas le même jour pour l'un et pour l'autre.

2° *En quoi consiste l'obligation corréale.*

Les deux effets principaux de la corréalité sont parfaitement indiqués aux Institutes : *Ex hujusmodi obligationibus, et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur ; in utrâque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat* (2). Ainsi, s'agit-il de plusieurs *rei stipulandi* : d'une part, chacun d'eux peut demander la totalité de l'objet au débiteur ; mais, d'autre part, en la recevant il éteint le droit de ses co-créanciers, *omnium perimit obligationem*. S'agit-il de plusieurs *rei promittendi* : d'une part, l'un quelconque d'entre eux peut être contraint au paiement intégral de la dette ; mais, d'autre part, en la payant il libère tous ses co-débiteurs. En d'autres termes, chacun des *rei stipulandi* est traité comme s'il était seul créancier, sauf que son droit peut être éteint par le paiement fait à un autre ; chacun des *rei promittendi* est traité comme s'il était seul obligé, sauf qu'un autre en payant le libère (3).

(1) L. 9 § 2, D., *De duob. reis*.
(2) § 1 *De duob. reis*.
(3) Cette idée est parfaitement exprimée par le jurisconsulte Venuleius, relativement aux *rei stipulandi* : *Unusquisque perindè sibi adquisiit ac si solus stipulatus esset; excepto eo quod etiam facto ejus cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest*. L. 31 § 1, D., *De novat.* (46, 2).

Il s'agit maintenant de savoir si ce qui vient d'être dit du paiement est également vrai des autres modes d'extinction des obligations. Un de ces modes d'extinction autres que le paiement se produit à l'encontre d'un des *rei stipulandi* ou en faveur d'un des *rei promittendi* : les co-créanciers perdent-ils leur droit, les co-débiteurs sont-ils libérés, comme s'il y avait eu paiement ? Cette question ne comporte point une réponse unique, absolue. En parcourant les différents modes d'extinction des obligations, nous allons voir que quelques-uns opèrent *in rem* comme le paiement, que quelques-uns n'opèrent jamais que d'une manière relative, *in personam*, et enfin que quelques-uns opèrent tantôt *in rem* et tantôt *in personam*, suivant qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas société *inter reos*.

L'obligation formée *verbis* s'éteint par l'*acceptilatio*, lorsque le débiteur interroge le créancier : *quod ego tibi promisi habes-ne acceptum?* et que le créancier répond : *Habeo*. Cette *acceptilatio* est l'équivalent d'un paiement, *imaginaria solutio* (1). En conséquence, faite par l'un des *rei stipulandi*, elle éteint le droit de tous ; faite à l'un des *rei promittendi*, elle les libère tous (2).

Toute obligation peut être éteinte *novatione*, au moyen d'une stipulation, soit qu'il y ait changement de créancier, ou changement de débiteur, ou changement soit dans l'objet, soit dans la nature du lien (3). Il va sans difficulté que la novation faite avec l'un des *rei promittendi* libère tous les autres (4). Mais *quid* de la novation faite par l'un des *rei stipulandi?* Je suis convaincu que sur ce point les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord : tandis que Venuleius traite cette novation comme le paiement et comme l'*acceptilatio* (5), Paul lui refuse la puissance d'éteindre le droit des autres créanciers (6). La doctrine de Venuleius est certainement plus conforme aux principes.

(1) Inst., § 1 *Quib. mod. oblig. toll.* (III, 29).
(2) Ulpien, L. 13 § 12 et L. 16 pr., D., *De acceptilat.* (46, 4).
(3) Inst., § 3 *Quib. mod. oblig. toll.* (III, 29).
(4) Cela ressort notamment de la décision donnée par Africain, L. 20. D., *Ad senatusc. Vellei.* (16, 1).
(5) L. 31 § 1 *De novat.* (46, 2).
(6) L. 27 pr., D., *De pactis* (2, 14).

Je me prétends créancier de Titius; mais, n'ayant pas de preuve de ma créance, je lui défère le serment, je lui dis : *Jurez que vous n'êtes pas mon débiteur*. Si Titius prête le serment que je lui défère, par là même le voilà libéré comme s'il m'avait payé ce qu'il me doit : *jusjurandum loco solutionis cedit* (1). Aussi, quand l'un des *rei stipulandi* défère le serment, si le débiteur le prête, cela nuit à tous les créanciers; et, quand l'un des *rei promittendi* prête le serment qui lui a été déféré, cela profite à tous les débiteurs (2).

Lorsque plusieurs doivent *correaliter* un corps certain, s'il vient à périr sans le fait d'aucun débiteur et sans qu'aucun fût en demeure, tous sont libérés. S'il périt par le fait de l'un des débiteurs, cela nuit aux autres; et s'il périt après la demeure de l'un des débiteurs, cela ne nuit pas aux autres (3). Ces deux dernières décisions ne sont-elles pas contradictoires? Elles le seraient si le *factum* et la *mora debitoris* devaient toujours et nécessairement être traités de la même manière. Dumoulin, partant de l'idée qu'effectivement la *mora* ne peut pas être traitée autrement que le *factum*, et pourtant tenant avant tout à concilier les textes, Dumoulin est arrivé à la bizarre formule que voici : *Alterius mora vel factum alteri nocet ad perpetuandam, non ad augendam, obligationem* (4). La vérité est qu'en cette matière les jurisconsultes romains distinguaient le *factum* et la *mora*. Et, en effet, on comprend très-bien que, quand la chose périt par le fait de l'un des débiteurs, les autres restent obligés comme lui-même, tandis que, quand elle périt après la demeure de l'un des débiteurs, les autres se trouvent libérés. Il est de la nature de la mise en demeure de changer seulement la condition de celui contre qui elle est opérée. Supposons que, Primus et Secundus étant obligés *correaliter*, la dette est échue pour Primus et non pour Secundus : si le créancier met Primus en demeure, il est évident que cela ne peut avoir

(1) Gaius, L. 27, D., *De jurejur.* (12, 2).

(2) Paul, L. 28 pr. et § 3, D., *De jurejur.*— D'après l'art. 1365 du Code Napoléon, le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires sur l'existence de la dette profite bien aux co-débiteurs; mais le serment déféré par l'un des créanciers solidaires ne nuit qu'à ce créancier.

(3) Pomponius, L. 18, D., *De duob. reis;* Marcien, L. 32 § 4, D., *De usuris* (22, 1).

(4) Cette formule a passé dans l'art. 1205 du Code Napoléon.

aucun effet contre Secundus, puisque la dette n'est même pas exigible vis à vis de lui. Et, la dette fût-elle échue pour les deux débiteurs, c'était au créancier à les mettre en demeure tous les deux, en prenant la peine de les interpeller tous les deux (1).

Nous passons à un cas où la cause d'extinction est purement relative à l'un des débiteurs et laisse subsister la dette pour tous les autres. Il s'agit de la *capitis deminutio*. Voici sur ce point comment s'exprime Pomponius : *Cùm duo eamdem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur. Multùm enim interest utrùm res ipsa solvatur an persona liberetur : cùm persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus* (2). Remarquez bien que, pour celui qui n'est point *capite minutus*, la dette n'est pas même éteinte en partie, elle subsiste tout entière.

— Voici maintenant trois cas dans lesquels, pour mesurer l'effet produit par le mode d'extinction, il faut avant tout rechercher si les différents *rei* ont ou n'ont pas établi entre eux une société. Entre *rei stipulandi*, l'utilité principale du contrat de société, c'est de permettre à ceux qui n'ont rien reçu de se faire tenir compte par celui qui a touché le montant de l'obligation ; et, entre *rei promittendi*, son utilité principale, c'est de permettre à celui qui a payé toute la dette de recourir contre les autres, de telle sorte que le fardeau se répartisse en définitive entre tous. Comment concevoir en fait que plusieurs personnes se constituent vis à vis d'un tiers *rei stipulandi* ou *rei promittendi* sans faire entre elles un contrat de société? Pour le comprendre, il faut supposer que ces différentes personnes ne se connaissent point, qu'elles sont en rapport d'affaires seulement avec le tiers débiteur ou avec le tiers créancier. Ainsi deux personnes se présentent chez un *argentarius*, et chacune lui demande de tenir à sa disposition, dans telle ville et à telle époque, une somme de 100,000 sest.; le banquier répond : « Je puis bien m'engager dans ces conditions pour 100,000 sest., mais non pour 200 : portez-vous *duo rei stipulandi* : les 100,000 sest. seront comptés au premier d'entre vous qui les

(1) Comp. Paul, L. 173 § 2, D., *De reg. jur.*
(2) L. 19, D., *De duob. reis.*



demandera. » De même, j'aurai absolument besoin à telle époque de toucher dans telle ville une somme de...: pour être bien sûr que le paiement aura lieu, je me la fais promettre par deux banquiers avec lesquels je suis en compte et qui s'engagent *correaliter :* il n'intervient entre eux aucune société, parce que chacun d'eux entend n'avoir affaire qu'à moi.— Revenons aux trois modes d'extinction que nous avons annoncés.

Lorsque le débiteur devient l'unique héritier du créancier, ou *vice versâ*, l'obligation est éteinte par confusion. Supposons que Primus et Secundus sont obligés *correaliter* envers Titius, et que Primus meurt laissant pour unique héritier le créancier Titius. S'il n'y avait pas société entre les deux débiteurs, Secundus reste obligé pour le tout; la confusion survenue entre son co-débiteur et le créancier ne le touche pas. Si, au contraire, il y avait société entre les deux débiteurs, Secundus se trouve libéré jusqu'à concurrence de moitié : payant le tout, il aurait recours pour moitié contre Primus, qui représente aujourd'hui le créancier (1).

Primus et Secundus sont tenus *correaliter* envers Titius; Primus, *ex aliâ causâ*, devient créancier de Titius. Il va d'abord sans difficulté que, si Titius poursuit Primus en paiement de la dette corréale, Primus pourra invoquer la compensation. Mais si c'est Secundus qui est actionné en paiement de la dette corréale, Secundus pourra-t-il invoquer la compensation du chef de Primus? Il ne le pourra pas s'il n'y avait pas société entre Primus et lui (2); que s'il y avait société, il le pourra, et je pense, avec Cujas, qu'il le pourra exactement comme le pourrait Primus.

Le pacte *de non petendo* consenti au débiteur par l'un des *rei stipulandi* ne peut jamais nuire aux autres (3). Quant au pacte *de non petendo* consenti par le créancier à l'un des *rei promittendi*, plusieurs distinctions doivent être faites. D'abord, si le pacte a été fait *in personam*, en ces termes : *A te, Prime, non petam*, il ne peut jamais être invoqué que par Primus : décider autrement, ce serait aller au-delà de la volonté du créancier. Mais supposons que le

(1) Paul, L. 71 pr., D., *De fidej.* (46, 1).
(2) Papinien, L. 10, D., *De duob. reis.*
(3) Paul, L. 27 pr., D , *De pactis* (2, 14). Comp. l'art. 1198 *in fine* du Code Napoléon.

pacte a été fait *in rem*, que le créancier a dit, en termes généraux, à Primus : *Non petam*. Nous appliquerons ici le principe que tout pacte fait avec une personne peut être invoqué par cette personne et par ceux qui sont dans une position telle qu'il est de l'intérêt de la même personne qu'ils l'invoquent (1). En conséquence, s'il n'y avait pas société entre Primus et ses co-débiteurs, ceux-ci ne pourront pas invoquer le pacte consenti à Primus, quoique *in rem* : car Primus n'a aucun intérêt à ce qu'ils l'invoquent. Au contraire, s'il y a société entre Primus et ses co-débiteurs, ceux-ci invoqueront le pacte : Primus y a intérêt, puisque s'ils payaient ils auraient un recours à exercer contre lui (2).

— Il reste à voir quel effet produit sur l'obligation corréale la demande (*litis contestatio*) formée par l'un des *rei stipulandi* ou contre l'un des *rei promittendi*. Il est certain qu'elle produit un effet absolu, comme le paiement : une fois qu'elle a été *deducta in judicium*, l'obligation corréale est éteinte.

Nous avons ici une application particulière d'un principe général que Gaius formule ainsi : *Tollitur obligatio litis contestatione, si modò legitimo judicio fuerit actum : nàm tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione...* (3). *Et, si quidem imperio continenti judicio actum fuerit..., posteà nihilominùs ipso jure de eàdem re agi potest, et ideò necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ* (4). Nous avons des textes formels où se trouve appliquée en matière d'obligation corréale la distinction faite par Gaius. Y a-t-il eu action intentée dans la forme d'un *judicium legitimum* par l'un des *rei stipulandi* ou contre l'un des *rei promittendi* : l'obligation corréale se trouve dès lors éteinte *ipso jure* comme s'il y avait eu paiement (5). Au contraire, l'action a-t-elle été intentée dans la forme d'un *judicium imperio continens* : sans doute, en vertu de l'obligation corréale une nouvelle action pourra être exercée par un autre *reus stipulandi* ou

(1) Paul, L. 21 § 5, D., *De pactis*.
(2) Comp., Ulpien, L. 3 § 3, D., *De liberat. leg.* (34, 3).
(3) Comment. III, § 180.
(4) Comment. IV, § 106.
(5) Javolenus, L. 2, et Gaius, L. 16, D., *De duob. reis*; Ulpien, L. 5 *in fine*, D., *De fidej.* (46, 1).

contre un autre *reus promittendi;* mais cette nouvelle action sera paralysée au moyen d'une exception (1). — Nous avons toujours supposé une demande formée pour la totalité de l'obligation. Si la demande s'appliquait seulement à une partie, l'extinction serait également partielle.

Dans le droit de Justinien, l'effet extinctif de la *litis contestatio* a disparu. Aussi la poursuite exercée par le créancier contre l'un des *rei promittendi* ne met-elle plus les autres à l'abri de poursuites semblables (2); mais il ne paraît pas que Justinien ait changé l'ancienne règle relativement aux *rei stipulandi :* une fois que la créance a été, en quelque sorte, *occupée* par les poursuites de l'un d'eux, les autres ont perdu toute espèce de droit contre le débiteur (3).

Même dans l'ancien droit, était-il de principe absolu que, dès qu'il existe des co-débiteurs tenus *in solidum*, la poursuite dirigée contre l'un libère les autres? Le principe s'appliquait certainement aux *rei promittendi* tenus en vertu d'une stipulation ou d'une *expensilatio*. S'appliquait-il aux héritiers tenus en vertu d'un legs? On pourrait en douter à la lecture de ce fragment attribué à Pomponius : *Si ità scriptum sit,* LUCIUS TITIUS HERES MEUS AUT MÆVIUS HERES MEUS DECEM SEIO DATO, *cum utro velit, Seius aget, ut, si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent*... (4). Il est certain que, si Pomponius avait réellement écrit ces deux mots *et solutum*, il en résulterait que, pour la libération de l'héritier Mævius, il ne suffit pas que l'héritier Titius ait été poursuivi, il faut que le legs ait été réellement payé. Mais il est facile de démontrer que ces mots *et solutum* ont été ajoutés par les commissaires de Justinien pour mettre le texte du jurisconsulte d'accord avec la Constitution qui venait de corriger l'ancien droit. En effet, d'une part, s'il y a paiement, qu'importe qu'auparavant il y ait eu une action intentée par le légataire? Il est trop clair que, le legs une fois payé, aucun héritier

(1) Ulpien, L. 51 § 4, D., *De eviction.* (21, 2).

(2) Justinien, L. 28, C., *De fidej.* (8, 41). Comp. l'art. 1204 du Code Napoléon.

(3) Comp. le 1er alinéa de l'art. 1198 du Code Napoléon.

(4) L. 8 § 1, D., *De leg.* 1°.

n'est plus tenu. D'autre part, le texte continue ainsi : *Quid ergò si ab altero partem petierit? Liberum cui erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit et si alter partem solvisset.* Ainsi le légataire Seius a poursuivi l'héritier Titius pour la moitié de son legs, ou bien il a consenti à recevoir de Titius la moitié de son legs : dans les deux cas, que lui reste-t-il? Purement et simplement le droit de demander l'autre moitié. Il est impossible de mieux dire que la demande en justice a exactement le même effet extinctif que le paiement. Les commissaires de Justinien ont donc bien maladroitement retouché le texte de Pomponius : après avoir ajouté au milieu les mots *et solutum*, ils n'ont pas vu qu'ils laissaient subsister à la fin l'indication du principe qu'ils voulaient faire disparaître.

Mais nous avons d'autres textes qui ne paraissent point interpolés et desquels il résulte que déjà dans l'ancien droit, pour l'extinction de certaines obligations analogues à l'obligation corréale, il ne suffisait pas que le créancier eût poursuivi l'un des débiteurs. Voici, par exemple, ce que dit Ulpien : *Si apud duos sit deposita res, adversùs unumquemque eorum agi poterit; nec liberabitur alter, si cum altero agatur : non enim electione, sed solutione liberantur* (1). La même décision est donnée relativement aux commodataires, aux locataires, aux tuteurs, aux personnes qui habitent un appartement d'où quelque chose est tombé dans la rue, etc. (2). Je remarque qu'il s'agit toujours de débiteurs tenus d'une action de bonne foi ou d'une action *in factum*. J'en conclus que l'ancien principe en vertu duquel tous les débiteurs étaient libérés par la *litis contestatio* formée avec l'un d'eux s'appliquait seulement au cas où le créancier avait une *condictio*, c'est-à-dire quand il y avait eu stipulation ou *expensilatio*, *mutuum* ou legs : en dehors de ces hypothèses il peut y avoir des débiteurs tenus *in solidum*, il n'y a pas de véritables *correi promittendi*.

Jusqu'ici nous avons toujours considéré les *rei stipulandi* dans leurs rapports avec le débiteur, les *rei promittendi* dans leurs rap-

(1) L. 1 § 43, D., *Depos.* (16, 3).
(2) L. 5 § 15, D., *Commod.* (13, 6); L. 18 § 1, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7); LL. 1 § 10, 2, 3 et 4, D., *De his qui effud.* (9, 3).



ports avec le créancier. Il reste à voir comment sont réglés les rapports des *rei stipulandi* entre eux, les rapports des *rei promittendi* entre eux. Une importance décisive appartient ici à la circonstance qu'il y a ou qu'il n'y a pas société. Y a-t-il société : celui des *rei stipulandi* qui a touché le montant de la créance est tenu d'en partager le bénéfice avec les autres, et celui des *rei promittendi* qui a payé toute la dette peut recourir contre les autres pour que chacun supporte en définitive sa part. Au contraire, en l'absence d'un contrat de société, celui qui a touché le montant de la créance peut le garder pour lui, et celui qui a payé la dette n'a aucun recours à exercer contre ses co-débiteurs. Voici comment Ulpien, après Julien, fait spécialement à la matière de la Falcidie l'application de ces idées : *In lege Falcidiâ hoc esse servandum Julianus ait ut, si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint, in eâ re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promisissent; quòd si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse in utrius bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi* (1). Ainsi, de deux *rei stipulandi* ou de deux *rei promittendi* l'un est mort laissant un testament qui contient des legs considérables. Pour savoir s'il y a lieu à la réduction de ces legs et dans quelle mesure, il faut connaître le chiffre de l'actif et le chiffre du passif laissé par le défunt : pour combien allons-nous faire figurer l'obligation corréale dans cet actif ou dans ce passif? S'il y avait société, ce sera toujours pour la moitié de sa valeur. S'il n'y avait pas société, ce sera tantôt pour toute sa valeur et tantôt pour zéro; du reste, on ne sera fixé sur ce point qu'après que l'obligation aura donné lieu à poursuite ou à paiement : on verra lequel des deux *rei* a exercé ou subi la poursuite, lequel a touché ou a payé.

Au surplus, même en l'absence de tout contrat de société, la jurisprudence avait accordé une ressource à celui des co-débiteurs qui est tenu de payer toute la dette : je veux parler du bénéfice *cedendarum actionum*. Le co-débiteur auquel s'attaque le créancier peut lui dire : « Nous sommes quatre qui vous devons solidaire-

(1) L. 62 pr., D., *Ad leg. Falc.* (35, 2).

ment 100 sous d'or. Voilà les 100 sous d'or : je vous en donne 25 imputables sur l'obligation solidaire, et 75 pour prix de la cession que vous allez me faire de vos droits contre mes trois co-débiteurs. » On comprend combien cet arrangement est avantageux au débiteur qu'a choisi le créancier. Le créancier lui-même n'a aucune bonne raison pour refuser de s'y prêter : il ne peut sans dol le refuser. — Nous avons un assez grand nombre de textes qui sont relatifs à ce bénéfice *cedendarum actionum*. On a prétendu quelquefois qu'il pourrait bien être invoqué par les débiteurs tenus d'une action de bonne foi, mais non par les véritables *correi promittendi*. Cette distinction ne me paraît pas admissible, en présence d'un texte de Papinien, ainsi conçu : *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; cùm alter pignus pro parte suâ liberâsset, rem creditor evicit. Quærebatur an uterque heredum conveniri possit. Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur ; quia non duo rei facti proponerentur...* (1). — Il paraît même qu'on admettait une cession tacite, donnant lieu à une action utile, au profit du débiteur solidaire qui payait la dette entière après y avoir été condamné (2).

Bien plus, certains jurisconsultes étaient d'avis, au cas où tous les débiteurs solidaires étaient solvables, que celui d'entre eux auquel s'attaquait le créancier pût lui opposer le bénéfice de division. *Cùm apparebit*, dit Marcellus, *emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam, ità demùm ad præstationem partis singuli sunt compellendi si constabit esse omnes solvendo; quamquàm fortassè justius sit, etiamsi solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversùs cæteros præstare non recuset* (3). Ce bénéfice de division paraît n'avoir été admis, en définitive, qu'au profit des tuteurs (4). — On pourrait croire

(1) L. 65, D., *De eviction*. (21, 2).
(2) L. 1 § 13, D., *De tutelæ et ration*. (27, 3); L. 4, D., *De his qui effud*. (9, 3).
(3) L. 47, D., *Locati* (19, 2).
(4) Ulpien, L. 1 §§ 11 et 12, D., *De tutelæ et rat*. (27, 3).

que Justinien, dans la Novelle 99, admet, comme droit commun et sauf convention contraire, le bénéfice de division au profit de tous les débiteurs solidaires. Mais le texte de cette Novelle est très-obscur, et il est difficile d'en démêler le véritable sens. J'incline à croire, comme Doneau et M. de Savigny, qu'elle s'applique uniquement au cas où les débiteurs se sont obligés en se cautionnant l'un l'autre, *cum alternâ fidejussione*, cas que les jurisconsultes avaient déjà prévu (1).

Comme appendice aux règles qui viennent d'être posées concernant les obligations solidaires et spécialement les obligations corréales, j'ajouterai ici quelques mots sur les obligations indivisibles.

L'intérêt de la distinction des obligations en divisibles et indivisibles se présente surtout lorsque le créancier ou le débiteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers. L'obligation est-elle divisible: chacun des héritiers succède seulement à une partie de la créance ou de la dette. L'obligation, au contraire, est-elle indivisible : l'un quelconque des héritiers peut agir pour le tout, ou être actionné pour le tout. On peut encore supposer un legs fait à plusieurs légataires ou mis à la charge de plusieurs héritiers. Du reste, l'intérêt de la distinction existe même en supposant un seul créancier et un seul débiteur : dans le cas où l'obligation est divisible, et seulement dans ce cas, la poursuite peut avoir lieu pour partie, le paiement peut être fractionné.

A ce point de vue de la divisibilité ou de l'indivisibilité, le jurisconsulte Paul reconnaît quatre classes d'obligations : *In executione obligationis*, dit-il, *sciendum est quatuor causas esse. Nàm interdùm est aliquid quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest; aliud, quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest; aliud, quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem* (2). Occupons-nous spécialement des obligations de la seconde classe.

Paul cite comme exemple l'obligation qui a pour objet la cons-

(1) Papinien, L. 11 pr., D., *De duob. reis.*
(2) L. 85 pr., D., *De verbor. oblig.*



truction d'un ouvrage : *Secunda ad opus, quod testator fieri jusserit : nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest* (1). On peut ajouter le cas où l'obligation a pour objet la constitution d'une servitude de passage : *Si divisionem res promissa non recipit,* dit le même jurisconsulte Paul, *veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur* (2). — Il faut bien remarquer que le § 3 de notre L. 85 ne se réfère point à cette classe d'obligations. J'ai stipulé de Titius que ni lui ni son héritier ne m'empêcheront de passer, et j'ai stipulé une peine pour le cas de contravention. Après la mort de Titius, un de ses héritiers m'empêche de passer : *Verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri : quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor.* Sans doute par le fait d'un seul héritier tous encourent la peine, tous sont tenus de la payer ; mais l'obligation se divise très-bien entre eux, chacun ne me doit que sa part dans la peine.

L'obligation qui a pour objet *dare viam* et l'obligation qui a pour objet *facere opus* sont-elles absolument traitées de la même manière ? Quand il s'agit de la première, il est certain que l'un des héritiers du promettant peut être poursuivi et condamné *in solidum*, comme s'il était seul obligé (3) ; au contraire, quand il s'agit de la deuxième, il paraît qu'il y avait eu controverse (4). — Dans les deux cas, si le stipulant est mort laissant plusieurs héritiers, un de ces héritiers ne peut jamais obtenir condamnation que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il avait à ce que l'obligation fût exécutée, c'est-à-dire en proportion de sa part héréditaire (5).

En somme, la différence essentielle qui existe entre la corréalité et l'indivisibilité, c'est que la première tient à la volonté des parties, tandis que la deuxième tient à la nature de ce qui fait l'objet de l'obligation. Lorsqu'un débiteur tenu *correaliter* vient à mourir, la dette se divise parfaitement entre ses héritiers, et chacun n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire ; au con-

(1) Même L. 85 § 2.
(2) L. 2 § 2, D., *De verbor. oblig.*
(3) Paul, L. 25 § 10, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).
(4) Ulpien, L. 72 pr., D., *De verbor. oblig.*
(5) Paul, L. 25 § 9, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).

traire, quand il s'agit d'une dette indivisible, quel que soit le nombre de ceux qui en sont tenus, quand même il existerait aujourd'hui cent héritiers du débiteur primitif, chacun, en cas d'inexécution, peut toujours être poursuivi et condamné *in solidum.*—Celui des héritiers qui a seul payé toute la dette indivisible a un recours contre ses cohéritiers. S'il a payé avant le partage, c'est devant le juge de l'action *familiæ erciscundæ* qu'il exercera son recours. S'il a payé depuis le partage, il peut employer une action *ex stipulatu*, attendu que, lors du partage, *officio judicis*, *cautiones interponi debuerunt* (1).

DES FIDÉJUSSEURS.

Le fidéjusseur est une espèce d'*adpromissor*, et l'*adpromissor* luimême est une espèce d'*intercessor*. Voyons donc tout d'abord, d'une manière générale, quelle idée les Romains attachaient au mot *intercessio*.

Intercedere, c'est intervenir dans une affaire qui ne nous regarde pas, en obligeant notre personne ou notre chose dans l'intérêt d'autrui. On peut *intercedere* de cinq manières principales, savoir :

1° En se portant *adpromissor*. L'*adpromissio* est l'acte de celui qui s'oblige *verbis* accessoirement à un obligé principal dont il garantit la dette. Nous verrons que les jurisconsultes reconnaissaient trois sortes d'*adpromissores* : le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor* (2).

2° En se portant *expromissor*. L'*expromissio* est l'acte de celui qui s'oblige *verbis* au lieu et place de l'obligé primitif, qui par là se trouve libéré. On dit alors qu'il y a novation par changement de débiteur (3).

3° En se portant *mandator pecuniæ credendæ*, c'est-à-dire en

(1) Comp. L. 2 § 2, D., *De verbor. oblig.*, et L. 25 § 10, D., *Famil. ercisc.*

(2) L'expression générale *adpromissor* est employée notamment par Pomponius, L. 5 § 2, D., *De verbor. oblig.*

(3) Voy. Inst., § 3 *Quib mod. oblig. toll.* (III, 29). Nous avons déjà rencontré le mot *expromissor* (Inst., § 41 *De divis. rer.*).

donnant mandat à Titius de prêter de l'argent à Mævius, cas auquel on est responsable envers Titius du remboursement à faire par Mævius (1).

4° En prenant jour, dans la forme du constitut, pour payer la dette d'autrui (2).

5° Enfin en engageant ou en hypothéquant sa chose pour sûreté de la dette d'autrui.

Quel intérêt présente la question de savoir si dans tel cas donné il y a ou non *intercessio?* Voici deux règles importantes qui s'appliquent là où il y a *intercessio :*

D'abord le Sénatusconsulte Velléien (3) défend aux femmes l'*intercessio* pour autrui : ainsi l'obligation qu'une femme contracte, l'hypothèque qu'elle constitue dans l'intérêt d'autrui, n'a aucune force : comme le dit Julien, *totam obligationem senatus improbat* (4). Remarquez que, si la femme, au lieu de s'obliger ou d'engager sa chose, avait payé la dette d'autrui, le Sénatusconsulte ne s'appliquerait pas, et le paiement serait parfaitement valable. En s'obligeant, en consentant une hypothèque, la femme peut facilement croire qu'en définitive il ne lui en coûtera rien et que le véritable intéressé viendra la libérer à l'échéance ; au contraire, payer, c'est un acte qui de suite a des conséquences très-appréciables, contre lequel il est moins nécessaire de protéger la femme, précisément parce qu'elle s'y laissera aller avec moins de facilité. C'est ainsi qu'avant Justinien la femme, qui ne pouvait pas consentir à l'hypothèque, pouvait très-valablement consentir à l'aliénation du fonds dotal. C'est ainsi encore que, dans l'ancien droit, quand la femme nubile restait en tutelle, elle ne pouvait contracter aucune obligation sans l'*auctoritas tutoris*, tandis qu'elle n'avait pas besoin de cette *auctoritas* pour aliéner ses *res nec mancipi*.

En second lieu, l'esclave qui a un pécule peut par ses contrats obliger son maître *de peculio*, jusqu'à concurrence du pécule.

(1) Voy. Inst., § 6 *De mandato* (III, 26).
(2) Voy. Inst., §§ 8 et 9 *De action.* (IV, 6).
(3) Voyez-en le texte, au Digeste, L. 2 § 1 *Ad Senatusc. Vellei.* (16, 1).
(4) L. 16 § 1, D., *Ad Senatusc. Vellei.*

Mais le maître ne serait pas obligé s'il y avait eu de la part de l'esclave *intercessio* (1).

Nous allons maintenant nous occuper spécialement des *adpromissores*.

Nous savons déjà que dans l'ancien droit il y avait trois sortes d'*adpromissores* : Gaius le dit expressément (2). Gaius ajoute que les créanciers exigent souvent, pour leur sûreté, l'intervention de ces débiteurs accessoires : *Sponsores et fidepromissores et fidejussores sæpè solemus accipere, dùm curamus ut diligentiùs nobis cautum sit* (3). Dans le droit de Justinien, le *sponsor* et le *fidepromissor* ont disparu, il reste seulement le *fidejussor* (4).

Le créancier qui a *duo rei promittendi* a deux obligés principaux ; au contraire le fidéjusseur n'est pas un débiteur principal, il accède à une obligation principale. Du reste, le même effet libératoire que produisait avant Justinien la demande formée contre l'un des *duo rei promittendi* était également produit par la demande formée soit contre le débiteur principal, soit contre le fidéjusseur (5).

— L'*adpromissio* se forme toujours *verbis*, et c'est d'après les paroles employées que l'*adpromissor* se trouve être un *sponsor* ou un *fidepromissor* ou un *fidejussor*. C'est ce que dit Gaius : *Sponsor ità interrogatur* : IDEM DARI SPONDES ? *Fidepromissor, ità* : IDEM FIDEPROMITTIS? *Fidejussor, ità :* IDEM FIDE TUA ESSE JUBES ? Mais, ajoute Gaius, il reste une question : *Videbimus de his quo nomine possint propriè appellari qui ità interrogantur :* IDEM DABIS ? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES ? Et Gaius ne tranche pas cette question (6). — Justinien prend la peine de nous dire, pour le fidéjusseur, que les paroles peuvent être prononcées en grec : *Græcè fidejussor ità accipitur :* τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive* βούλομαι. *Sed, et si*

(1) Ulpien, L. 3 §§ 5 et 6, D., *De peculio* (15, 1).

(2) Comment. III, § 115.

(3) Comment. III, § 117.

(4) Inst., pr. *De fidej.* (III, 20).

(5) Aussi la L. 28, C., *De fidej.* supprime-t-elle cet effet libératoire soit qu'il s'agisse de *correi promittendi*, soit qu'il s'agisse de fidéjusseurs.

(6) Comment. III, § 116.

φημί *dixerit, pro eo erit ac si dixerit* λέγω (1). En ce qui concerne le *sponsor*, nous savons déjà que la langue latine pouvait seule être employée (2).

— Les fidéjusseurs peuvent accéder à toute espèce d'obligation : *in omnibus obligationibus adsumi possunt, id est sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint* (3). L'obligation fût-elle née *ex delicto*, rien ne s'oppose à ce qu'un fidéjusseur en garantisse le paiement au créancier. — Il y a seulement un cas dans lequel la fidéjussion n'est pas possible : c'est quand il s'agit de l'obligation du mari de restituer à la femme la dot qu'il a reçue. La prohibition dont il s'agit remonte à une Constitution rendue, en 381, par les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (4). Cette prohibition est formellement consacrée par Justinien (5).

Si le fidéjusseur peut accéder, en général, à toute obligation, il en était autrement du *sponsor* et du *fidepromissor* : comme le dit Gaius, *illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum* (6).

— Il ne peut pas y avoir un fidéjusseur là où il n'y a pas un obligé principal. Ulpien fait une application remarquable de cette règle, lorsqu'il dit : *Is cui bonis interdictum est... non potest promittendo obligari : et ideò nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso* (7). Mais comment concilier cette décision, qui paraît si simple et si raisonnable, avec ce que dit ailleurs le même Ulpien? *Marcellus scribit : si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit* (8). Suivant Cujas, Marcellus suppose que le pupille, l'interdit ou le *furiosus* est valablement obligé, par exemple *ex delicto* ou *quasi ex contractu* ; il décide que le fidéjusseur qui l'a cautionné restera tenu envers le créancier, ne pourra pas se faire restituer *in inte-*

(1) Inst., § 7 *De fidej.*
(2) Voy. Gaius, III, § 93 *in fine*. Ci-dessus, p. 181 et 182.
(3) Inst., § 1 (au commencement) *De fidej.*
(4) L. 1, C., *Ne fidej. dot. dentur* (5, 20).
(5) L. 2, C., *eod. Tit.*
(6) Comment. III, § 119 (au commencement).
(7) L. 6, D., *De verbor. oblig.*
(8) L. 25, D., *De fidej.* (46, 1).

grum, bien que ce fidéjusseur n'ait point de recours à exercer par l'action *mandati contraria*. En faveur de cette interprétation, Cujas invoque un texte de Gaius, ainsi conçu : *Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est, quia non solùm ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur. Quòd si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor* (1). Il y a dans ce texte deux parties distinctes : suivant Cujas, la première servirait à expliquer la L. 6 *De verbor. oblig.*, et la deuxième servirait à expliquer la L. 25 *De fidej.* (2). Quant à moi, je ne puis admettre que Marcellus ait ainsi sous-entendu, dans la L. 25 *De fidej.*, cette circonstance essentielle que le pupille, le prodigue interdit et le *furiosus* étaient valablement obligés. Je soupçonne que ce sont les commissaires de Justinien qui ont maladroitement corrigé le texte de Marcellus. Sans doute Marcellus avait écrit : *Si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso spoponderit aut fidepromiserit*,... et alors la décision était parfaitement conforme à ce que nous savons du *sponsor* et du *fidepromissor*. « Le *sponsor* et le *fidepromissor*, dit en effet Gaius, peuvent accéder à un contrat verbal, *quamvis interdùm ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si femina aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam, dari promiserit* » (3). Voici donc, à mon sens, ce qu'exprimait Marcellus : « Celui qui se porte *sponsor* ou *fidepromissor* pour « un pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris*, pour un pro-« digue ou pour un *furiosus*, doit plutôt être exclu du bénéfice de « la restitution prétorienne, attendu qu'il n'a point de recours à « exercer comme mandataire. »

La fidéjussion suppose qu'il existe une obligation principale. Du reste, peu importe que ce soit une obligation proprement dite ou une obligation simplement naturelle : *ne illud quidem interest utrùm civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fidejussor*,

(1) L. 70 § 4, D., *De fidej.*

(2) Comp. M. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 266 et suiv., et p. 535, note 5. Suivant notre savant collègue, le fidéjusseur est tenu quand il a cautionné sciemment, à ses risques et périls, un homme incapable de s'obliger.

(3) Comment. III, § 119. Comp. même Comment. III, § 176.

adeò quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur (1). L'esclave qui contracte avec son maître s'oblige naturellement, et, comme sûreté de cette obligation naturelle, il peut fournir un fidéjusseur. De même, à l'inverse, le maître peut s'obliger naturellement envers son esclave; mais ici une fidéjussion n'est pas possible. Pourquoi? Parce que l'esclave, stipulant du fidéjusseur, acquiert nécessairement à son maître : le fidéjusseur se trouverait donc obligé envers le débiteur principal, ce qui est absurde.

Nous verrons qu'en général l'exception qui appartient au débiteur principal peut être invoquée par le fidéjusseur (2). Cette règle dépend, jusqu'à un certain point, de la règle d'après laquelle un fidéjusseur ne peut pas être tenu là où il n'y a point un débiteur principal.

De même que pour l'existence de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*, il n'était pas nécessaire que le promettant principal fût valablement obligé, de même, comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, il peut y avoir une *adstipulatio* valable là où il n'existe point d'obligation au profit du stipulant principal. En effet, habituellement nous faisons intervenir un *adstipulator, cùm ità stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur* (3).

— L'obligation contractée par un fidéjusseur, comme toute obligation en général, est transmissible à ses héritiers. Au contraire l'obligation du *sponsor* finit avec lui; et il en est de même de l'obligation du *fidepromissor*, *nisi si de peregrino fidepromissore quæramus et alio jure civitas ejus utatur* (4).

Comme l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* romain finit avec lui, de même le droit de l'*adstipulator*. C'est ce que dit Gaius : *adstipulatoris heres non habet actionem* (5).

(1) Gaius, III, § 119; Inst., § 1 *De fidej.*
(2) Inst., § 4 *De replicat.* (IV, 14).
(3) Gaius, III, § 117. Ci-dessus, p. 237.
(4) Gaius, III, § 120; Inst., § 2 *De fidej.* — Chez nous, on a pris la peine de dire, dans l'art. 2017 du Code Napoléon : « Les engagements des cautions « passent à leurs héritiers... »
(5) Comment. III, § 114.

— Tandis que l'obligation du fidéjusseur ne s'éteint point par le laps de temps, au contraire le *sponsor* et le *fidepromissor*, aux termes d'une loi Furia, ne restaient obligés que pendant deux ans, *biennio liberabantur* (1). Ainsi, en général, le *dies ad quem* convenu entre les parties n'éteint pas *ipso jure* l'obligation; et ici, sans que les parties aient eu besoin de rien dire, le *sponsor* ou le *fidepromissor* se trouvera pleinement libéré par cela seul que deux ans se seront écoulés depuis le jour de son engagement.

—Le fidéjusseur peut s'obliger soit avant que l'obligation principale n'ait été contractée, soit après qu'elle l'a déjà été : *fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest* (2). — Ulpien fait une observation importante sur le cas où le fidéjusseur s'est obligé d'avance : *Qui ità stipulatur a fidejussore :* QUOD TITIO CREDIDERO, FIDE TUA ESSE JUBES? *deindè, antequàm crederet, acceptum fecit fidejussori, reus non liberabitur ; sed, quandoque ei creditum fuerit, tenetur. Nàm, et si fidejussorem non antè liberatum esse credimus quàm cùm fuerit creditum reo, non tamen reus antiquiore acceptilatione quàm obligatio ejus est liberari potuit* (3).

Quand on dit *Fidejussor præcedere potest obligationem*, c'est sans doute par opposition au constitut; et quand on dit *Fidejussor sequi potest obligationem*, c'est sans doute par opposition au *mandator pecuniæ credendæ*. Je ne crois point qu'il faille voir là une cinquième différence entre le fidéjusseur, d'une part, le *sponsor* et le *fidepromissor*, d'autre part. Quelques personnes ont imaginé de dire que le *sponsor* ou le *fidepromissor* devait s'obliger au même instant où se formait le contrat principal. Mais, outre que cette allégation n'est confirmée par aucun texte, elle se concilie difficilement avec ce que dit Gaius au sujet de la *prædictio* exigée par une loi dont le nom est inconnu : *Cautum est ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, prædicat palàm et declaret, et de quâ re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit... Quâ lege fidejussorum mentio nulla fit; sed in usu est, etiamsi fidejussores accipiamus, prædicere* (4).

(1) Gaius, III, § 121.
(2) Inst., § 3 *De fidej.*
(3) L. 13 § 9, D., *De acceptilat.* (46, 4).
(4) Comment. III, § 123.

— Voici encore une règle qui s'applique indistinctement à tous les *adpromissores : In eo jure quoque, juris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ità obligari non possint, ut plus debeant quàm debet is pro quo obligantur ; at, ex diverso, ut minus debeant obligari possunt...* (1). Gaius ajoute que, de même, l'*adstipulator* ne peut pas se faire promettre plus que le stipulant principal : les rédacteurs des Institutes ont appliqué au fidéjusseur ce que Gaius avait écrit de l'*adstipulator* (2).

Il ne faut pas exagérer la portée de cette règle *Plus in accessione esse non potest quàm in principali re.* Sans doute celui qui doit 5 ne peut pas avoir un fidéjusseur obligé pour 10 ; celui qui doit à terme ou sous condition ne peut pas avoir un fidéjusseur obligé purement et simplement. Mais il n'en est pas moins vrai que le fidéjusseur peut être obligé civilement là où le débiteur principal n'est obligé que naturellement ; et même, dans l'ancien droit, le *sponsor* ou *fidepromissor* pouvait être valablement obligé là où l'obligation principale était nulle.

Qu'arriverait-il si le fidéjusseur avait voulu s'obliger *in duriorem causam?* Son engagement serait-il absolument nul, ou bien se contenterait-on de le réduire dans la mesure de l'obligation principale? La question est discutée entre les interprètes du droit romain. Ceux qui soutiennent que l'engagement est complétement nul invoquent surtout les expressions d'Ulpien ; *Si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari... Si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor purè, non obligabitur* (3). J'ai beaucoup de peine à croire qu'Ulpien se soit arrêté à cette opinion rigoureuse. Quand je stipule de vous 10, si vous promettez 20, le contrat se forme et vous êtes lié jusqu'à concurrence de 10 (4) : cela ne nous autorise-t-il pas à dire que, si, créancier de 10, je vous reçois comme fidéjusseur pour 20, vous serez tenu comme fidéjusseur dans la limite où vous pouvez l'être? Remarquez, d'ailleurs, qu'Ulpien, au commencement du texte qui nous occupe, ne se borne pas à parler des fidéjusseurs, il parle de *universi qui pro*

(1) Gaius, III, § 126. Comp. Inst., § 5 (1er alinéa) *De fidej.*
(2) Comp. Gaius, III, § 113, et Inst., § 5 (2e alinéa) *De fidej.*
(3) L. 8 § 7, D., *De fidej.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 222-224.

aliis obligantur. Ces expressions comprennent certainement l'homme *qui constituit se soluturum pro alio;* or, à propos du constitut, que dit précisément Ulpien? *Si quis, centum aureos debens, ducenta constituat, in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est...* (1).

— Une autre règle nous est présentée comme étant commune à tous les *adpromissores:* c'est la règle établie par la loi Cornelia. *Quâ lege,* dit Gaius, *idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno, vetatur in ampliorem summam obligari pecuniæ creditæ, quàm in* xx *millium.* Nous savons déjà quel sens il faut attacher à cette expression *pecunia credita* (2). Gaius ajoute que dans certains cas on n'applique pas cette règle de la loi Cornelia : *Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere, veluti si dotis nomine, vel ejus quod ex testamento tibi debeatur, aut jussu judicis satis accipiatur; et adhùc lege vicesimâ hereditatium cavetur ut ad eas satisdationes quæ ex eâ lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat* (3).

La loi Cornelia paraît être la première qui se soit occupée des fidéjusseurs; les lois Apuleia et Furia parlaient seulement des *sponsores* et des *fidepromissores.* La loi Furia étant de l'année 659, et la loi Cornelia de l'an 673, on peut en conclure que l'usage des fidéjusseurs s'est établi, ou du moins répandu, dans l'intervalle entre ces deux années.

— Enfin Gaius signale comme s'appliquant à tous les *adpromissores* la faculté pour celui qui a payé la dette de recourir contre le débiteur principal : *In eo quoque par omnium causa est quod, si quis pro reo solverit, ejus reciperandi causâ habet cum eo mandati judicium* (4). Justinien consacre, au profit du fidéjusseur, ce recours par l'action *mandati contraria* (5). Du reste, plusieurs observations doivent être faites à ce sujet :

Il est possible que j'aie cautionné Titius, non pas sur son mandat,

(1) L. 11 § 1, D., *De pec. constit.* (13, 5).
(2) Voy., ci-dessus, p. 238.
(3) Comment. III, §§ 124 et 125.
(4) Comment. III, § 127 (au commencement).
(5) Inst., § 6 *De fidej.*

mais sur le mandat d'un tiers. C'est alors contre ce tiers que je pourrai recourir par l'action *mandati contraria*.

Il est possible que j'aie cautionné Titius sans avoir reçu à cet égard aucune espèce de mandat : je l'ai cautionné *donandi animo* ou bien en qualité de *negotiorum gestor*. Dans le premier cas, après avoir payé la dette, je n'aurai aucun recours à exercer; dans le deuxième, je pourrai recourir par l'action *negotiorum gestorum contraria*. — On s'est demandé si le fidéjusseur peut avoir un recours contre le débiteur lorsqu'il l'a cautionné malgré sa défense. Dans l'ancien droit, quelques jurisconsultes lui donnaient une action utile. *Si pro te præsente et vetante fidejusserim*, dit Paul, *nec mandati actio nec negotiorum gestorum est. Sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio ; secundùm quod et Pomponio videtur* (1). Justinien a consacré la doctrine de Pomponius et de Paul : il pose en règle générale que l'homme qui vous a défendu de vous mêler de ses affaires ne peut être tenu envers vous d'aucun recours quand vous contrevenez à sa défense (2).

Nous savons par Gaius que, dans l'ancien droit, le *sponsor* qui avait payé la dette pouvait intenter une action particulière : *sponsores, ex lege Publiliâ, propriam habent actionem in duplum, quæ appellatur* DEPENSI (3). Nous ne connaissons pas la date de cette loi Publilia. L'action *depensi* appartient à cette classe d'actions dont nous parlerons plus tard, qui, à l'exemple de l'action *judicati*, *in duplum crescunt adversùs inficiantem* (4).—En tant qu'il peut exercer cette action *depensi*, le *sponsor* ne se distingue pas seulement du fidéjusseur ; il se distingue également du *fidepromissor*. Du reste, le *sponsor* avait encore reçu de la même loi Publilia une faveur spéciale : il pouvait, sans jugement, procéder à la *manûs injectio in eum pro quo dependisset, si, in sex mensibus proximis quàm pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam* (5).

Nous avons maintenant à étudier différents bénéfices qui ont

(1) L. 40, D., *Mandati* (17, 1).
(2) L. 24, C., *De neg. gest.* (2, 19).
(3) Comment. III, § 127 *in fine*.
(4) Voy. notamment Gaius, IV, § 9. Voy. aussi Inst., § 26 *De action.* (IV, 6).
(5) Gaius, IV, § 22.

été successivement accordés aux *adpromissores*, relativement à ce que nous appelons en France le *droit de poursuite* et la *contribution définitive :*

1° La loi Apuleia, rendue l'an 652 de la fondation de Rome, avait établi une sorte de société entre les différents *sponsores* ou *fidepromissores* qui avaient cautionné une même dette : il en résultait que celui qui avait payé au créancier plus que sa part avait un recours contre les autres. Sous l'empire de cette loi Apuleia, les différents *sponsores* ou *fidepromissores* étaient tenus *in solidum*. La loi Apuleia s'appliquait non-seulement en Italie, mais dans tout l'Empire (1).

2° La loi Furia, rendue l'an 659 de la fondation de Rome, décide que l'obligation se divise entre les *sponsores* ou *fidepromissores* existant au moment où cette obligation devient exigible : *quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli viriles partes solvere tenentur* (2). — A la différence de la loi Apuleia, la loi Furia n'est applicable qu'en Italie. Ainsi s'explique que la société établie par la loi Apuleia entre les différents *sponsores* ou *fidepromissores* ne soit pas devenue chose complétement inutile le jour où la loi Furia a voulu que, même à l'encontre du créancier, l'obligation se divisât entre eux. *Quæritur*, dit Gaius, *an post legem Furiam adhuc legis Apuleiæ beneficium supersit. Et utique extrà Italiam superest nàm lex quidem Furia tantùm in Italiâ valet...* (3).

3° Lorsqu'une dette est cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, ils sont tenus *in solidum*, et le créancier peut poursuivre pour la totalité celui d'entre eux qu'il lui plaît de choisir. Ils ont seulement obtenu de l'empereur Adrien ce qu'on appelle proprement le *bénéfice de division : Ex epistolâ Divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere ; ideòque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat* (4).

(1) Gaius, III, § 122 (1er alinéa).
(2) Gaius, III, § 121 (1er alinéa).
(3) Comment. III, § 122 (1er alinéa).
(4) Gaius, III, § 121 (2e alinéa); Inst., § 4 *De fidej.*

On voit que le bénéfice de division accordé aux fidéjusseurs diffère notablement du bénéfice de la loi Furia accordé aux *sponsores* et aux *fidepromissores* : le bénéfice accordé aux fidéjusseurs est bien moins onéreux pour le créancier que le bénéfice de la loi Furia. En effet, d'abord le bénéfice de division doit être invoqué par celui des fidéjusseurs que le créancier se dispose à poursuivre *in solidum*, tandis que, si le créancier actionnait pour la totalité l'un des *sponsores* ou des *fidepromissores*, il excéderait son droit (1). En second lieu, la division n'est admise qu'entre les fidéjusseurs solvables lors de la *litis contestatio*, tandis que la loi Furia divise l'obligation entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* vivants lors de l'échéance : en conséquence, *si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc cæterorum partes non onerat* (2). Voici, du reste, un passage de Gaius qui, dans le Commentaire sur l'Édit provincial d'où les commissaires de Justinien l'ont tiré, faisait évidemment allusion aux deux différences qui viennent d'être signalées : *Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistolâ D. Hadriani; et ideò si quis eorum antè exactam a se partem sine herede decesserit vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad cæterorum onus respicit* (3). Il était donc de l'intérêt du créancier d'avoir des fidéjusseurs plutôt que des *sponsores* ou des *fidepromissores*, et ainsi s'explique que les fidéjusseurs soient seuls restés.

Nous disons que le bénéfice d'Adrien doit être invoqué par le fidéjusseur. Mais comment les choses vont-elles précisément se passer? Titius, à qui il est dû 100 sous d'or, m'amène devant le magistrat en ma qualité de fidéjusseur et demande que le magistrat lui délivre contre moi une formule d'action pour les 100 sous d'or. Je fais remarquer que nous sommes deux fidéjusseurs solvables, et je demande en conséquence que l'action ne soit donnée contre moi que pour 50 sous d'or, me réservant même de prouver devant le juge que je ne dois pas du tout être condamné, par exemple, parce que la dette est éteinte. Alors, de deux choses

(1) Nous voyons dans Gaius que la loi Furia *de sponsu* donne la *manûs injectio pro judicato adversùs eum qui a sponsore plus quàm virilem partem exegisset* (Comment. IV, § 22).

(2) Gaius, III, § 121 (3e alinéa).

(3) L. 26, D., *De fidej.*

l'une : ou le créancier reconnaît l'existence d'un co-fidéjusseur solvable, ou il la conteste. Dans le premier cas, le magistrat ne donne action contre moi que pour 50; dans le deuxième, il donne bien action pour 100, mais en ajoutant à la formule une exception au moyen de laquelle je pourrai justifier qu'il y a réellement lieu de me faire profiter du bénéfice d'Adrien. C'est à ce dernier cas que Paul fait allusion, lorsqu'il dit : *Si contendat fidejussor cæteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam* SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT (1).

Il résulte de ce qui précède que le bénéfice d'Adrien doit être invoqué *in jure,* devant le magistrat. Voici une Constitution de l'empereur Alexandre qui pourrait faire croire qu'il est encore permis d'invoquer le bénéfice *in judicio*, devant le juge : *Ut is qui cùm altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, antè condemnationem ex ordine postulari solet* (2). Mais dans ce texte, comme dans plusieurs autres, le mot *condemnatio* ne signifie pas la sentence de condamnation rendue par le juge; il signifie cette partie de la formule dans laquelle le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre (3). *Antè condemnationem* veut dire : avant que le magistrat n'ait complétement rédigé la formule, avant la *litis contestatio.*

Le bénéfice d'Adrien est refusé à certains fidéjusseurs. Ainsi d'abord il ne peut pas être invoqué par celui qui avant tout a nié sa qualité de fidéjusseur : *Ità demùm,* dit Ulpien, *inter fidejussores dividitur actio, si non inficientur : nàm inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum* (4). Le bénéfice ne peut pas non plus être invoqué par les fidéjusseurs d'un tuteur : *Si plures fidejussores,* dit Papinien, *a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem... Cæterùm fidejussores, civiliter in solidum obligati, cæteris quidem agentibus, ut dividatur actio impetrare possunt; pupillo verò agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis inju-*

(1) L. 28, D., *De fidej.*
(2) L. 10 § 1, C., *De fidej.* (8, 41).
(3) Gaius, IV, §§ 39 et 43.
(4) L. 10 § 1, D., *De fidej.*

riam habere visum est, ne ex unâ tutelæ causâ plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur (1).

4° Après avoir dit que les fidéjusseurs ont obtenu d'Adrien le bénéfice de division, Justinien ajoute : *Sed, si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit si is pro quo fidejussit solvendo non sit, et sibi imputare debet cùm potuerit adjuvari ex epistolâ D. Hadriani et desiderare ut pro parte in se detur actio* (2). Cette observation paraît avoir été empruntée, du moins pour partie, à Gaius, qui voulait simplement dire qu'entre fidéjusseurs il n'y a pas lieu au bénéfice de la loi Apuleia (3). Est-il donc vrai que celui de plusieurs fidéjusseurs qui paie toute la dette ait uniquement action contre le débiteur et, par suite, doive nécessairement être en perte si ce débiteur est insolvable? Cela n'est vrai que sauf l'application du bénéfice *cedendarum actionum*, bénéfice qui peut très-bien être invoqué par le fidéjusseur dont nous parlons. *Fidejussoribus succurri solet,* dit Julien, *ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina* (4). Et Paul explique très-bien le mécanisme de ce bénéfice, qui est devenu ce qu'on appelle chez nous le paiement avec subrogation : *Cùm is qui, et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ, præstat actiones, poterit quidem dici nullas jàm esse cùm suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non itâ est : non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit...* (5).

Si méchamment le créancier ne voulait pas faire la cession qu'on lui demande d'actions qui désormais vont lui être inutiles, le fidéjusseur se laisserait poursuivre, et, au moyen de l'exception *doli mali* qu'il aurait soin de faire insérer dans la formule, il obtiendrait son absolution.

Suivant les cas, celui des fidéjusseurs auquel s'attaque le créancier devra recourir au bénéfice de division ou au bénéfice *ceden-*

(1) L. 12, D., *Rem pup. vel adolesc. salv. fore* (46, 6).
(2) Inst., § 4 *in fine De fidej.*
(3) Comment. III, § 122 (2e alinéa).
(4) L. 17, D., *De fidej.*
(5) L. 36, D., *De fidej.* Comp. ce que dit Papinien, à propos des co-tuteurs. L. 21, D., *De tutelæ et ration.* (27, 3).

darum actionum. L'avantage du premier, c'est de dispenser le fidéjusseur d'une grosse avance de fonds : il paie sa part, et puis il cherche à la recouvrer contre le débiteur. Mais supposons que, le débiteur étant personnellement insolvable, l'obligation se trouve garantie par une hypothèque suffisante : alors il serait évidemment de l'intérêt du fidéjusseur de payer toute la dette en invoquant le bénéfice *cedendarum actionum* : car, subrogé dans l'hypothèque, il serait bien sûr de ne rien perdre. Remarquez, du reste, que le fidéjusseur ainsi subrogé peut poursuivre la chose hypothéquée, pour être payé sur le prix, même à l'encontre d'un tiers détenteur de cette chose (1).

Nous aurons encore occasion de revenir sur ce bénéfice *cedendorum actionum*, en parlant du *mandator pecuniæ credendæ*.

3° Justinien, dans la Novelle IV (préface et chap. 1er), accorde au fidéjusseur le bénéfice d'ordre ou de discussion. Ce bénéfice consiste en ce que le fidéjusseur, attaqué par le créancier, peut lui dire : « Attaquez-vous d'abord au débiteur principal ; c'est seulement quand vous aurez constaté qu'il est hors d'état de vous payer qu'il vous sera permis de vous retourner contre moi. »

Justinien dit que le bénéfice dont il s'agit avait déjà été établi autrefois, mais qu'il n'avait pas été sanctionné par l'usage. En effet, plusieurs textes du Digeste et du Code montrent que le créancier est parfaitement libre de s'attaquer tout d'abord au fidéjusseur avant d'exercer aucune poursuite contre le débiteur principal. A cet égard, je rapporterai seulement ici deux Constitutions impériales. La première, des empereurs Sévère et Antonin, est ainsi conçue : *Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam in quâ se obligaverit ; quod cùm facit, debet jus pignorum in eum transferre*... (2). La deuxième, de l'empereur Antonin Caracalla, est encore plus explicite : *Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum do-*

(1) Gordien, L. 14, C., *De fidej.* (8, 41).

(2) L. 2, C., *De fidej.* (8, 41). — Les empereurs ajoutent que, si cependant les objets remis au créancier à titre de gage étaient également affectés à d'autres créances, il ne serait tenu de les céder au fidéjusseur qu'après avoir été complétement désintéressé.

ceatur (1). La convention contraire dont parle la fin de ce texte se réfère sans doute à ce que les interprètes ont appelé la *fidejussio indemnitatis*. Celle-ci suppose qu'après avoir stipulé 10 de Titius vous stipulez de Mævius *quantò minùs a Titio consequi posses*. Mævius est bien exposé à payer les 10, la totalité; mais il faudra auparavant constater que Titius est insolvable. Sur cette espèce de *fidejussio*, Papinien avait dit : « Si vous demandez les 10 à Titius, « Mævius ne sera pas libéré; il ne le sera qu'après que Titius aura « exécuté la condamnation obtenue contre lui. » Mais dans cette manière de parler Paul relève une certaine inexactitude : « Sans doute, « dit-il, la demande formée contre Titius ne libère pas Mævius : « car Mævius et Titius ne sont pas *duo rei ejusdem obligationis*. Mæ« vius doit sous la condition que Titius ne pourra pas payer. La « poursuite dirigée contre Titius ne libère donc pas Mævius : car on « ne sait pas s'il devra jamais. Même le paiement fait par Titius ne « libère pas Mævius : il n'a jamais été tenu, puisque la condition « de sa promesse se trouve défaillie. Mævius, tant que cette con« dition est pendante, ne peut pas être actionné : *a Mævio enim* « *antè Titium excussum non rectè petetur* » (2). En somme, dans l'ancien droit, cette espèce de fidéjussion était utile et au créancier et au fidéjusseur : *au créancier*, parce qu'en poursuivant le débiteur il ne perdait pas le droit de poursuivre le fidéjusseur; *au fidéjusseur*, parce qu'il était sûr de n'être poursuivi qu'après le débiteur.

L'existence de la fidéjussion peut être prouvée par écrit. L'écrit est présumé fidèle et la fidéjussion régulière, lors même que dans l'écrit ne seraient pas relatées en détail comme ayant été accomplies toutes les conditions nécessaires pour qu'il y ait fidéjussion : *In stipulationibus fidejussorum, sciendum est generaliter hoc accipi ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum; ideò-*

(1) L. 5, C., *eod. Tit.*

(2) L. 116, D., *De verbor. oblig.* Voy. encore Paul, L. 21, D., *De solut.* (46, 3). Celsus enseignait, au contraire, que le *fidejussor indemnitatis* peut être actionné avant le *reus* : L. 42, D., *De reb. cred.* (12, 1). Comp. M. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 161 et suiv.

que constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta (1).

DES OBLIGATIONS QUI SE CONTRACTENT *LITTERIS*.

Dès le temps de la République, les Romains avaient coutume de tenir des livres ou registres, sur lesquels ils mentionnaient toutes les opérations relatives à leur fortune. Ils avaient d'abord une sorte de brouillon ou de main courante, qu'ils appelaient *adversaria*, et où ils prenaient note de chaque opération au fur et à mesure qu'elle venait d'être faite. Ils avaient, de plus, un registre, analogue au *grand-livre* de nos commerçants, tenu méthodiquement, appelé proprement *tabulæ* ou *codex expensi et accepti*. Le propriétaire du registre y ouvrait un compte à toute personne avec laquelle il pouvait se trouver en rapport d'affaires. Cicéron présente comme ridicule l'allégation d'un citoyen prétendant qu'il n'a pas tenu ce registre : *Habeo et istius* (il s'agit de Verrès), *et patris ejus, accepti tabulas omnes ; quas diligentissimè legi atque digessi : patris, quoad vixit ; tuas, quoad ais te confecisse. Nàm in isto, judices, hoc novum reperietis : audimus aliquem tabulas nunquàm confecisse. Quæ est opinio hominum de Antonio falsa : nàm fecit diligentissimè... Audimus alium non ab initio fecisse, sed ex tempore aliquo confecisse ; est aliqua etiam hujusce rei ratio. Hoc verò novum et ridiculum est, quod hic nobis respondit cùm ab eo tabulas postularemus : usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse, posteà destitisse* (2). Ailleurs, Cicéron marque très-bien le caractère différent des *tabulæ* et des *adversaria*. Fannius, l'adversaire, invoquait ses *adversaria : Suum codicem, testis loco recitare*, dit Cicéron, *arrogantiæ est ; suarum perscriptionum et liturarum adversaria proferre, non amentia est ? Quòd si eamdem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria quàm tabulæ, quid attinet codicem instituere ?*

(1) Inst., § 8 *De fidej.* Ce texte doit être rapproché du § 17 *De inutil. stipulat.* Comp., ci-dessus, p. 221.

(2) *Seconde action contre Verrès*, Liv. I, n° 23.



conscribere? ordinem conservare? memoriæ tradere litterarum vetustatem?... Hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque adversaria in judicium protulit nemo; codicem protulit, tabulas recitavit (1).

De ce qui précède il ressort déjà que les énonciations portées sur le *codex* peuvent faire preuve en justice. Elles peuvent faire preuve même au profit de celui à qui appartient le registre. Bien entendu, l'adversaire pourra de son côté faire toutes preuves contraires, en produisant son propre registre, en faisant entendre des témoins, etc. Le juge est toujours investi d'un large pouvoir d'appréciation. — Une vente peut être prouvée de cette manière. Cicéron apostrophe ainsi Verrès : *Plurima signa pulcherrima, plurimas tabulas optimas deportâsse te negare non potes : atque utinam neges! Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti* (2). — Un *mutuum* peut également être prouvé ainsi. Aulu-Gelle raconte que, dans sa jeunesse, il fut appelé à juger un procès qui l'embarrassa beaucoup : *Petebatur apud me pecunia, quæ dicebatur data numerataque; sed qui petebat neque tabulis neque testibus id factum docebat...* (3). On appelle *arcarium nomen* la mention d'un *mutuum* portée sur le registre. Après avoir parlé des *nomina transcriptitia* dont nous allons nous occuper dans un instant, Gaius s'exprime ainsi : *Alia causa est eorum nominum quæ* ARCARIA *vocantur : in his enim, rei, non litterarum, obligatio consistit, quippè non aliter valet quàm si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ, rei, non litterarum, facit obligationem. Quâ de causâ rectè dicimus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. — Undè propriè dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia, non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est* (4).

Une obligation peut être constatée *litteris*, par une énonciation portée sur le *codex*. Ce n'est pas tout : une obligation peut même

(1) *Pro Roscio comœdo*, n° 2.
(2) Même n° 23.
(3) *Nuits att.*, XIV, II.
(4) Comment. III, §§ 131 et 132.

être formée *litteris*, par une énonciation portée sur le *codex*. Supposez que, du consentement de Titius, j'écrive sur mon registre la mention suivante : *Expensum Titio centum*. Il n'y a point là simplement constatation d'une obligation préexistante, il y a création d'une obligation nouvelle : l'effet immédiat de cette écriture est d'obliger Titius envers moi, de l'obliger comme si je lui avais remis à titre de *mutuum* la somme dont il s'agit. Valère Maxime parle d'un homme qui, pendant une grave maladie, sous l'empire de la captation, avait fait une donation considérable à une femme vivant avec lui : *Trecenta millia nummorum*, dit-il, *ab Oracilia expensa sibi ferri passus est* (1). Le mot *expensum* se trouvant dans l'écriture qui fait naître l'obligation, le contrat dont l'écriture est la *causa civilis* porte le nom d'*expensilatio* (2).

L'*expensilatio* ou contrat littéral a la plus grande analogie avec la stipulation ou contrat verbal. Les jurisconsultes romains les mettent souvent sur la même ligne. *Cùm in annos singulos quid legatum sit*, dit Pomponius, *neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petetur dari debet, sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur* (3). Paul dit, de même : *Non figurâ litterarum, sed oratione quam exprimunt litteræ, obligamur : quatenùs placuit non minùs valere quod scripturâ quàm quod vocibus linguâ figuratis significaretur* (4). Entre ces deux formes de contrat, nous pouvons cependant signaler plusieurs différences :

1° La stipulation ne peut se former qu'entre deux personnes présentes ; au contraire, je puis obliger Titius envers moi, même en son absence, au moyen d'une *expensilatio* faite sur mon registre. *Absenti expensum ferri potest*, dit Gaius, *etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* (5).

2° L'obligation qui résulte de la stipulation peut avoir pour objet une dation, un fait, une abstention : en conséquence, sui-

(1) *De dictis factisque memorabil.*, Liv. VIII, ch. 2.

(2) L'expression se trouve notamment dans le Chapitre d'Aulu-Gelle, déjà cité : XIV, II.

(3) L. 1, D., *De annuis leg.* (33, 1). Le jurisconsulte prend *nomen facere* comme synonyme de *expensum ferre*.

(4) L. 38, D., *De oblig. et action.* (44, 7).

(5) Comment. III, § 138

vant les cas, elle est sanctionnée par une *condictio certi* ou par une *condictio incerti*. Au contraire, l'*expensilatio* s'applique exclusivement à une somme déterminée : en conséquence, l'action qui en découle ne peut jamais être qu'une *condictio certi*.

3° La stipulation peut être faite sous condition ; l'*expensilatio*, au contraire, ne comporte pas l'apposition de cette modalité. *Sub conditione cogniter non rectè datur, non magis quàm mancipatur aut acceptum vel expensum fertur ; nec ad rem pertinet an ea conditio sit incerta quæ non expressa tacitè inesse videatur* (1).

L'obligation verbale suppose qu'entre les deux parties il y a eu échange de paroles : l'une des parties a interrogé, l'autre a répondu. Pour que l'obligation littérale prenne naissance, faut-il également qu'il y ait écriture de part et d'autre? La mention mise sur le registre du créancier, *Expensum Titio centum*, doit-elle être complétée par une mention corrélative mise sur le registre du débiteur, *Acceptum a Mævio centum?* Régulièrement, le contrat doit être mentionné sous ses deux aspects, c'est-à-dire non-seulement sur le registre de celui qu'il rend créancier, mais aussi sur le registre de celui qu'il rend débiteur. Cela ressort clairement du passage où Cicéron dit, en parlant de l'adversaire Fannius : *Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen, at in hujus non erit. Cur potiùs illius quàm hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset? Nàm, quemadmodùm turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas : æquè enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum perscripsit* (2). Mais la question est de savoir si pour la formation du contrat il faut essentiellement, outre l'*expensilatio* faite sur le registre du créancier, l'*acceptilatio* faite sur le registre du débiteur. Pour soutenir l'affirmative, on peut invoquer d'abord un passage où Gaius, mettant sur la même ligne le contrat verbal et le contrat littéral, les oppose aux contrats consensuels : *In verborum obligationibus*, dit-il, *alius stipulatur, alius promittit, et in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius*

(1) *Fragm. du Vatican*, § 329.
(2) *Pro Roscio comœdo*, n° 1.

obligatur (1). On conclut de ce passage que, si, pour être obligé *verbis*, il faut prononcer des paroles correspondantes à celles de l'autre partie, de même, pour être obligé *litteris*, il faut écrire sur son registre une mention correspondante à la mention que l'autre a écrite sur le sien. Évidemment ce premier argument est très-faible, ou plutôt il se retourne contre ceux qui l'invoquent : car Gaius fait résulter l'obligation de la simple *expensilatio* (*alius expensum ferendo obligat*), sans exiger aucune *acceptilatio* corrélative. — On dit encore que Cicéron suppose que, le demandeur produisant son registre, le défendeur produit aussi le sien : n'est-ce pas parce que la seule *expensilatio* qui se trouve sur le registre du demandeur ne suffit pas pour faire naître l'obligation ? Je réponds que, si les deux registres doivent être produits, c'est uniquement pour vider une question de preuve. En effet, Cicéron, supposant que les deux registres sont produits, et que sur celui du demandeur on trouve une *expensilatio*, tandis que sur celui du défendeur on ne trouve aucune écriture corrélative, Cicéron se demande auquel des deux registres il convient d'ajouter foi, pourquoi ce serait plutôt à celui du demandeur qu'à celui du défendeur. Évidemment, si l'opinion que je repousse était fondée, Cicéron se bornerait à dire : « Sur le registre de Fannius, il existe une *expensilatio*; mais, comme sur le registre de Roscius, il n'existe aucune *acceptilatio* correspondante, il est clair que le contrat littéral ne s'est pas formé. » Ce qui montre encore parfaitement que Cicéron songe à la preuve, non à la formation du contrat, et que pour celle-ci il n'est pas besoin de deux écritures corrélatives, c'est cette petite phrase : *quemadmodùm turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas*. Si l'*expensilatio* toute seule n'est pas obligatoire, comment ferais-je une mauvaise action en l'inscrivant sur mon registre, et comment la partie nommée dans cette *expensilatio* manquerait-elle de son côté à son devoir en ne la mentionnant pas sur le sien ? — On peut faire remarquer surabondamment que Sénèque parle de témoins, *pararii*, qu'on appelle pour attester que, si j'ai écrit sur mon registre *Expensum Titio centum*, c'est du consentement de Titius (2).

(1) Comment. III, § 137 *in fine*.
(2) *De beneficiis*, Liv. II, c. 23, et Liv. III, c. 15.

Il paraît que le contrat littéral était employé le plus habituellement comme moyen de faire une novation, c'est-à-dire de remplacer par une obligation nouvelle une obligation antérieurement établie. Le *nomen* était dit alors *transcriptitium*. Voici, à cet égard, les détails que nous a fournis Gaius : *Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a personâ in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod ex emptionis causâ aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A personâ in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi* (1). Cicéron, dans une anecdote bien connue qu'il raconte, donne un exemple de *transcriptio a re in personam.* Un banquier de Syracuse, Pythius, avait excité, par différentes manœuvres, chez le chevalier Canius un désir immodéré d'acquérir des jardins appartenant à Pythius : *Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio ut venderet. Gravatè ille primò. Quid multa ? impetrat : emit homo cupidus et locuples, tanti quanti Pythius voluit, et emit instructos ; nomina facit, negotia conficit* (2). Ainsi Canius, au lieu de rester acheteur, tenu comme tel de l'action *venditi*, s'oblige *litteris* et se trouve désormais tenu de la *condictio certi.*

Nous savons que la stipulation, en général, est du droit des gens. Le contrat littéral a-t-il le même caractère ? *Transcriptitiis nominibus,* dit Gaius, *an obligentur peregrini, meritò quæritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio : quod Nervæ placuit. Sabino autem et Cassiò visum est, si a re in personam fiat nomen transcriptitium, etiam peregrinos obligari; si verò a personâ in personam, non obligari* (3).

Gaius ne dit nulle part que le *nomen transcriptitium* dût être inscrit sur le *codex accepti et expensi;* mais Aulu-Gelle, contemporain de Gaius, indique assez clairement qu'il en devait être ainsi (4). Il est probable que l'usage de ce *codex* commençait à

(1) Comment. III, §§ 128-130.
(2) *De officiis,* Liv. III, n° 14.
(3) Comment. III, § 133.
(4) *Loco suprà cit.*, p. 289.

disparaître dès l'époque dont il s'agit, c'est-à-dire sous le règne de Marc-Aurèle ; il fut sans doute conservé seulement par les *argentarii*.

Le *nomen transcriptitium* emporte-t-il réellement novation, comme je l'ai supposé jusqu'ici ? Ne peut-on pas admettre que le créancier aura le choix entre l'exercice de sa créance primitive et l'exercice de la nouvelle créance résultant de l'*expensilatio ?* Gaius n'est nullement explicite sur ce point. Il parle bien de *delegatio* à propos de la *transcriptio a personâ in personam ;* mais nous verrons qu'il peut y avoir délégation sans novation. A défaut du témoignage de Gaius, nous avons celui de Théophile : *Prior obligatio extinguebatur*, dit Théophile ; *nova autem, id est litterarum, nascebatur* (1). Nous avons surtout le témoignage de Cicéron : ce qu'il dit à propos du chevalier Canius montre suffisamment que la vente avait été absolument anéantie par le contrat littéral.

Nous ne savons pas l'époque précise où a disparu l'obligation contractée par *expensilatio*. Mais il est certain que, du temps de Justinien, cela était tombé en désuétude. Voici, en effet, ce que disent les Institutes : *Olim scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur ; quæ nomina hodiè non sunt in usu* (2). Cependant Justinien dit encore que l'obligation se contracte *litteris* (3). Voyons comment cela peut se faire.

Il paraît que les pérégrins s'obligeaient en déclarant par écrit leur volonté de s'obliger. Gaius, après avoir parlé des *nomina transcriptitia*, ajoute : *Prætereà litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ità scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est* (4). D'après Asconius, on appelait *chirographum* l'écrit signé d'une seule des parties, tandis que les *syngraphæ* étaient signées des deux parties. Des auteurs ont cru trouver au Digeste des exemples de ces écrits obligatoires. Scévola nous donne le texte d'un *chirographum* adressé à un banquier, en-

(1) Traduction de Reitz.

(2) Pr. (1er alinéa) *De litterarum oblig.* (III, 21).

(3) Inst., § 2 *De obligat.* (III, 13).

(4) Comment. III, § 134.

vers qui s'oblige le souscripteur(1). De même, dans un fragment de Modestin est rapporté un *chirographum* par lequel Gaius Seius s'oblige à payer 10 sous d'or comme les ayant empruntés, et, de plus, les intérêts (2). — Il est probable qu'à l'origine ces écrits obligatoires étaient parfaitement distincts de ce qu'on appelle *instrumentum* ou *cautio*, c'est-à-dire de l'écrit simplement destiné à servir de preuve de l'existence d'un contrat quelconque. Mais on arriva peu à peu à confondre ce qui fait naître l'obligation et ce qui prouve qu'elle existe ; c'est précisément ainsi qu'on peut s'expliquer que Justinien admette encore des obligations contractées *litteris*. Je m'adresse à Titius, et je lui demande de vouloir bien me prêter 100 sous d'or ; il me répond : « Je vais vous les prêter : donnez-m'en une reconnaissance écrite. » Puis Titius, muni de cette reconnaissance écrite, refuse de me compter les écus. Que va-t-il arriver ? *Planè*, dit Justinien, *si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecuniâ minimè numeratâ, post multum temporis, exceptionem opponere non potest : hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit ut et hodiè, dùm queri non potest, scripturâ obligetur ; et ex eâ nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione* (3). Ainsi, un homme a eu l'imprudence de reconnaître par écrit, comme lui ayant été fait, un prêt d'argent qu'en réalité il n'a pas reçu : comme au bout d'un certain temps il ne sera plus recevable à dire que les écus ne lui ont pas été comptés, il se trouvera en quelque sorte obligé *scripturâ*. Voilà le langage de Justinien ; dans un langage plus exact, on dirait que le souscripteur du billet est obligé en vertu d'un *mutuum* qui est légalement présumé lui avoir été fait.

Quel est le délai au bout duquel le souscripteur a perdu le droit de mettre en avant l'inexistence du prêt ? Il paraît que ce délai a d'abord été d'un an (4). Il a ensuite été porté à cinq ans, puis ramené à deux : *Multum tempus in hâc exceptione*, dit Justinien, *anteà quidem, ex principalibus Constitutionibus, usque ad quinquennium procedebat ; sed, ne creditores diutiùs possent suis pecuniis for-*

(1) L. 47 § 1, D., *De pactis* (2, 14).
(2) L. 41 § 2, D., *De usuris* (22, 1).
(3) Inst., pr. (2e alinéa) *De litter. oblig.*
(4) L. 1, C. Hermog., *De cautâ et non numer. pec.* (Tit. 1).

sitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultrà biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur (1).

L'exception *non numeratæ pecuniæ* ne peut être invoquée que pendant un certain temps. Est-ce à dire que le porteur du billet n'aura qu'à laisser passer ce délai pour pouvoir alors en toute sécurité poursuivre le souscripteur? Non : le souscripteur, dès qu'il reconnaît le piége dans lequel on l'a fait tomber, peut prendre les devants et actionner l'adversaire en restitution du billet (2). Ce souscripteur étant resté longtemps sans réclamer, on peut présumer avec raison que les écus lui ont été réellement comptés, et, en conséquence, lui refuser le secours de l'exception.

En général, c'est au défendeur qui invoque une exception à prouver qu'elle est fondée : *reus excipiendo fit actor*. On déroge ici à cette règle générale : comme le dit un rescrit d'Antonin Caracalla, *si ex cautione tuâ conveniri cœperis, exceptione oppositâ seu doli seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam esse numeratam ; quo non impleto, absolutio sequetur* (3). Cela s'explique parce que l'homme qui a besoin d'emprunter est un peu à la discrétion de celui à qui il s'adresse : le billet étant donc souvent remis avant la numération des espèces, on aura reconnu qu'il y avait là une occasion facile de fraudes et on aura voulu y remédier (4). — L'empereur Justin a fait ici une distinction : *Si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causâ descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jàm ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cùm suis confessionibus acquiescere debeat*... (5). Cette distinction est reproduite, et même d'une manière plus claire, dans un fragment du Digeste, mis par les commissaires sous le nom du jurisconsulte Paul (6).

(1) Inst., pr. *in fine De litter. oblig.*

(2) Dioclétien et Maximien, L. 4, C., *De condict. ex lege* (4, 9).

(3) L. 3, C., *De non numer. pec.* (4, 30).

(4) Ainsi, chez nous, un Décret du 17 mars 1808, obligatoire pour dix ans, supposant une obligation souscrite par un non-commerçant au profit d'un juif, soumettait le porteur à la nécessité de prouver que la valeur avait été fournie entière.

(5) L. 13, C., *De non numer. pec.*

(6) L. 25 § 4 *De probat.* (22, 3).

Nous aurons encore occasion de revenir sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* (1).

DES OBLIGATIONS QUI SE CONTRACTENT *SOLO CONSENSU*.

Quatre contrats se forment *solo consensu*, savoir : la vente, le louage, la société, le mandat. Ces quatre contrats sont obligatoires par cela seul que les parties se sont mises d'accord : aucune écriture n'est nécessaire, non plus qu'aucune tradition, et il n'est pas même besoin que les parties soient en présence l'une de l'autre (2). — Dans l'ancien droit, il n'y avait aucun autre cas où une obligation pût prendre naissance *solo consensu*. Mais nous savons que certains pactes ont été pourvus d'une action et, par conséquent, rendus obligatoires, soit par le Préteur (*pactes prétoriens*), soit par des Constitutions impériales (*pactes légitimes*).

Un contrat consensuel peut se conclure *inter absentes*, par correspondance ou au moyen d'un *nuncius* (3). Il faut bien se garder de confondre le *procurator* et le *nuncius*. Qu'un homme figure dans un contrat pour son propre compte ou en qualité de *procurator*, c'est lui qui contracte, il est partie au contrat, le contrat est fait en son nom : s'il est *procurator* d'un tiers, le principe est qu'il ne représente pas son mandant, qu'il ne l'oblige pas envers l'autre partie contractante et qu'il ne le rend pas créancier de cette partie (4). Le *nuncius* a un tout autre caractère : il ne contracte point, pas plus qu'une lettre, dont il remplit exactement l'office ; il n'est qu'un instrument à l'aide duquel celui qui l'envoie fait ses propositions, signifie son consentement, etc. Le maître contracte *per nuncium* comme il pourrait contracter au moyen d'un porte-voix.

(1) En expliquant le § 2, Inst., *De except.* (IV, 13).

(2) Gaius, III, § 135 et § 136 (au commencement); Inst., pr. *De consensu oblig.* (III, 22).

(3) Gaius, III, § 136 *in fine*; Inst., pr. (3e phrase) *De consensu oblig.*

(4) Voy. la L. 11, D., *De oblig. et act.*, citée ci-dessus, p. 212.

C'est donc le maître, et lui seul, qui va devenir débiteur et créancier en vertu du contrat.

Gaius et Justinien s'empressent de signaler une différence notable entre le contrat verbal et le contrat littéral, d'une part, les contrats consensuels, d'autre part. Les deux premiers sont essentiellement unilatéraux, les autres sont synallagmatiques. Dans les contrats consensuels, les deux parties s'obligent l'une envers l'autre : *alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet* (1).

DE LA VENTE.

Les Romains, à l'origine, ne connaissaient point le contrat de vente tel qu'il est défini par les jurisconsultes du IIe et du IIIe siècle de l'ère chrétienne; ils ne connaissaient que l'échange. *Origo emendi vendendique,* dit Paul, *a permutationibus cœpit. Olim enim non ità erat nummus; neque aliud* MERX, *aliud* PRETIUM, *vocabatur. Sed unusquisque, secundùm necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quandò plerumque evenit ut quod alteri superest, alteri desit. Sed, quia non semper nec facilè concurrebat ut, cùm tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cujus publica et perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, subveniret; eaque materia, formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tàm ex substantiâ præbet quàm ex quantitate ; nec ultrà* MERX *utrumque, sed alterum* PRETIUM, *vocatur* (2). Aucun économiste n'a jamais mieux exprimé des idées plus saines. — Le phénomène si bien décrit par Paul a dû se produire chez tous les peuples. J'ajoute seulement que, chez les Romains, entre l'ancienne *permutatio* et le contrat de vente se place la *mancipatio*, sorte d'aliénation solennelle moyennant un prix, laquelle de très-bonne heure a été appliquée aux objets les plus importants.

Quand on traite du contrat de vente, la première question qu

(1) Gaius, III, § 137; Inst., pr. *in fine De consensu oblig.*
(2) L. 1 pr., D., *De contrah. empt.* (18, 1).

se présente est celle de savoir à quel moment il y a véritablement vente, à quel moment les parties sont obligées l'une envers l'autre. Sur ce point, autant la réponse des jurisconsultes romains est claire et simple, autant celle de Justinien est confuse et embarrassée.

Emptio et venditio contrahitur, dit Gaius, *cùm de pretio convenerit, quamvis nondùm pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit : nàm quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ* (1). Ainsi, la vente est conclue, les parties sont liées, à l'instant même où elles tombent d'accord que l'une d'elles vend à l'autre telle chose moyennant tel prix. Il n'est point nécessaire que le prix soit déjà payé, que la chose soit déjà livrée : la vente se forme *solo consensu*. Il n'est pas même nécessaire que des arrhes aient été fournies : les arrhes ne sont point un élément essentiel à la formation du contrat, elles sont un signe ou un moyen de preuve que le contrat s'est formé. *Quod sæpè arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet quasi sine arrhâ conventio nihil proficiat, sed ut evidentiùs probari possit convenisse de pretio* (2).

En quoi Justinien a-t-il modifié ces principes? Pour le comprendre, il faut examiner successivement le cas où il n'y a pas eu d'arrhes fournies et le cas où il y en a eu :

1° Il n'y a pas eu d'arrhes fournies. Alors à quel moment la vente est-elle conclue? Cela dépend. Si les parties n'ont pas entendu qu'un écrit serait dressé, la vente est réputée conclue, comme dans l'ancien droit, dès que les parties se sont mises d'accord : *nihil a nobis*, dit Justinien, *in hujusmodi venditionibus innovatum est*. Si, au contraire, les parties ont entendu qu'un écrit serait dressé, la vente n'est réputée conclue qu'au moment où l'écrit est dressé et où il ne manque plus rien à sa régularité : *Non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta... : donec enim aliquid ex his deest, et pœnitentiæ locus est et potest emptor vel venditor sine pœnâ recedere ab emptione.*

(1) Comment. III, § 139; Inst., pr. (1er alinéa) *De empt. et vendit.* (III, 23).
(2) Gaius, L. 35 pr., D., *De contrah. empt.*

2° Il y a eu des arrhes fournies par l'acheteur. Alors chaque partie peut se dédire, en perdant la valeur des arrhes : *Is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit ; si verò venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est*. Mais jusqu'à quel moment chaque partie peut-elle ainsi abandonner le marché ? S'il ne devait pas y avoir d'écrit, c'est jusqu'à l'exécution, par exemple jusqu'à la tradition faite par le vendeur ; si, au contraire, un écrit devait être dressé, c'est jusqu'au moment où il ne manque plus rien à l'écrit.

Voilà comment j'entends la Constitution de Justinien et l'analyse qu'en donnent les Institutes (1). Je conviens que cette explication ne cadre point complétement avec le texte ; mais je suis convaincu qu'il est impossible d'arriver à quelque chose de raisonnable en s'asservissant à un texte dont les différentes parties se contredisent entre elles et dont la rédaction est très-peu précise.

Le prix est un élément essentiel du contrat de vente : *nulla emptio sine pretio esse potest* (2).

Il ne suffit pas qu'il y ait un prix ; il faut encore que ce prix soit déterminé : *certum pretium esse debet*. Ainsi, la vente serait nulle si la fixation du prix était laissée à la bonne foi d'une des parties. Du reste, le prix peut être *certum* lors même que le chiffre ne serait point parfaitement connu des deux parties. Je vous achète une chose pour la somme qui se trouve dans ma bourse : il y a vente, bien que vous ne connaissiez pas encore cette somme : en effet, le prix est dès à présent fixé.

C'était une question débattue entre les anciens jurisconsultes, que celle de savoir s'il y a vente lorsque les parties conviennent que le prix sera fixé par un tiers, par Titius. Labéon et Cassius étaient d'avis qu'il n'y a point de contrat ; Ofilius et Proculus professaient l'opinion contraire (3). Justinien a tranché la question. Suivant lui, il y a là une vente conditionnelle : la vente existe, pour un prix encore inconnu, *sub hâc conditione ut ipse qui nominatus est pre-*

(1) L. 17, C., *De fide instrument.* (IV, 21); Inst., pr. (2e alinéa) *De empt. et vendit.*

(2) Inst., § 1 (au commencement) *De empt. et vendit.*

(3) Gaius, III, § 140 ; Inst., § 1 (2e alinéa) *De empt. et vendit.*

tium definierit (1). Justinien ajoute que la même règle s'appliquerait en matière de louage.

— En quoi doit consister le prix? L'opinion qui a prévalu, c'est qu'il doit consister en une somme d'argent, *in numeratâ pecuniâ*. Du reste, la question était encore discutée du temps de Gaius: *Nostri præceptores putant*, dit Gaius, *etiam in aliâ re posse consistere pretium....; diversæ scholæ auctores dissentiunt* (2). Voyons rapidement quelles raisons étaient données à l'appui de chaque opinion :

Les Proculiens disaient : « Le contrat de vente suppose essentiellement deux parties, jouant chacune un rôle différent; il suppose essentiellement deux obligations, dont l'une a pour objet une somme d'argent et dont l'autre a pour objet toute autre chose. Si le prix n'est pas une somme d'argent, on ne pourra plus distinguer un vendeur et un acheteur, une chose vendue et un prix d'achat. *Non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse et quæ pretii nomine data esse; sed rursùs utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse absurdum videri.* »

De leur côté, que disaient les Sabiniens? Ils citaient des vers d'Homère où l'on voit effectivement les Grecs achetant du vin pour du fer, etc. Ils faisaient remarquer que l'échange était la forme la plus ancienne de la vente. Enfin Cœlius Sabinus réfutait ainsi l'argument des Proculiens : *Si, rem Titio venalem habente, veluti fundum, acceperim, et pretii nomine hominem fortè dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse ut fundus acciperetur* (3).

Toutes les fois qu'on se trouve dans le cas prévu par Cœlius Sabinus, toutes les fois que l'une des deux parties a provoqué le contrat en mettant sa chose en vente, comme on peut facilement reconnaître le vendeur, l'argument des Proculiens fait véritablement défaut, et la doctrine des Sabiniens peut être admise sans inconvénient. Elle l'a été effectivement, comme il résulte d'une Constitution de l'empereur Gordien, insérée au Code de Justinien :

(1) L. 15, C., *De contrah. empt.* (4, 38); Inst., § 1 (3e alinéa) *De empt. et vendit.* Même décision dans l'art. 1592 du Code Napoléon.

(2) Comment. III, § 141.

(3) Gaius, III, § 141 *in fine*.

Si, cùm patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus, pretii nomine (licet non taxatâ quantitate), aliam possessionem dedit; idque quod comparavit, non injuriâ judicis nec patris tui culpâ evictum est, ad exemplum ex empto actionis non immeritò id quod tuâ interest, si in patris jura successisti, consequi desideras... (1). Mais, en dehors de ce cas particulier où l'une des parties *rem venalem habuit*, c'est l'opinion des Proculiens qui a prévalu, il n'y a point vente là où il n'y a point un prix consistant *in pecuniâ numeratâ.* Comme le dit Justinien, *Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractûs, a venditione separatam, meritò prævaluit*... (2).

La vente et l'échange étant deux opérations essentiellement distinctes, nous devons rechercher les principales différences qui les séparent. Ces différences sont au nombre de trois :

1° La vente est un contrat consensuel. Au contraire, dans l'échange, l'obligation se forme *re* : je suis obligé de vous donner ma chose quand vous m'avez donné la vôtre. *Emptio ac venditio,* dit Paul, *nudâ consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re traditâ initium obligationi præbet*... (3).

2° Lorsque le vendeur a livré la chose en suivant la foi de l'acheteur, il ne peut pas plus tard, à défaut de paiement, répéter cette chose : il a cessé d'être propriétaire, et il n'a pas livré *sine causâ*, attendu que le but qu'il se proposait en livrant, c'était de remplir son obligation de vendeur. Au contraire, quand je vous ai donné mon cheval pour que vous me donniez votre esclave, si vous ne me le donnez pas, il se trouve que je n'ai pas atteint le but que je me proposais, je répéterai le cheval par une *condictio ob rem dati re non secutâ* (4). — Au cas d'échange, la partie qui a donné sa chose ne peut-elle même pas la répéter *ex pœnitentiâ*, avant que l'autre ne soit en demeure de livrer la sienne? Certains auteurs

(1) L. 1, C., *De rer. permutat.* (4, 64).

(2) Inst., § 2 *in fine De empt. et vendit.* Comp. Paul, L. 1 § 1, D., *De contrah. empt.*; Dioclétien et Maximien, L. 7, C., *De rer. permutat.*

(3) L. 1 § 2, D., *De rer. permutat.* (19, 4). Comp. Dioclétien et Maximien, L. 3, C., *eod. Tit.*

(4) Comp. Dioclétien et Maximien, L. 8, C., *De contrah. empt.* (4, 38), et L. 7, C., *De rer. permut.* Voy. aussi Paul, L. 5 § 1, D., *De præscr. verb.* (19, 5).

pensent qu'elle le peut. Ils invoquent des textes où l'on voit qu'une personne qui vous a fait une dation *ut Stichum manumittas* peut exercer une *condictio ex pœnitentiâ* (1). Je crois que la décision de ces textes ne doit pas être étendue : la *condictio ex pœnitentiâ* n'existe qu'au profit de la personne qui est dans une position analogue à celle du mandant : on fait ici une sorte d'application du principe que le mandat, de sa nature, est révocable au gré du mandant.

3° La vente produit deux obligations distinctes : l'acheteur, mais non le vendeur, doit transférer la propriété (2). Au contraire, en matière d'échange, de part et d'autre, il doit y avoir translation : l'une des parties transfère la propriété et l'autre s'oblige à la transférer (3). — Si, moyennant une somme que je vous donne, vous vous obligez à me transférer la propriété d'une certaine chose, peut-on dire qu'il y a vente ? Sur ce point, les jurisconsultes romains paraissent avoir été divisés. Paul admet bien qu'il y a vente : suivant lui, *si pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est* (4). Mais Celsus penche vers la doctrine contraire : *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares : utrùm id contractûs genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hîc alia obligatio est quàm ob rem dati re non secutâ ? In quod proclivior sum* (5). Suivant beaucoup d'interprètes, l'intérêt de la question se présente notamment en ce qui concerne les risques, en supposant que la chose qui doit m'être donnée vienne à périr par cas fortuit. Alors, si je suis un acheteur, les risques seront pour moi : je n'obtiendrai pas la chose, et je ne pourrai pas me faire rendre la somme que j'ai comptée. Si au contraire je suis un co-échangiste, on peut soutenir que j'ai droit d'exercer une *condictio : Si mortuus est Stichus*, dit en effet Celsus, *repetere possum quod ideò tibi dedi ut mihi Stichum dares*. Il est vrai que Paul semble bien dire le contraire : *Si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes;* mais on entend cela en ce

(1) Ulpien, L. 3 § 2, D., *De condict. causâ datâ* (12, 4).
(2) Nous reviendrons dans un instant sur ce point.
(3) L. 1 pr., D., *De rer. permut.*
(4) L. 5 § 1 (au commencement), D., *De præscr. verb.* (19, 5).
(5) L. 16 (au commencement), D., *De condict. causâ datâ* (12, 4).

sens que je perds seulement le bénéfice que je comptais retirer de l'opération. M. de Vangerow croit que, d'après Celsus comme d'après Paul, je ne puis pas répéter ce que j'ai fourni : suivant lui, Celsus, dans la L. 16, suppose que l'esclave était déjà mort quand j'ai donné les écus. Ainsi, à en croire le savant professeur, la seule différence entre l'acheteur et le co-échangiste créancier, c'est que les risques concernent l'acheteur dès le jour de la vente, tandis qu'ils ne concernent le co-échangiste qu'à partir de la *datio* par lui faite (1). Le texte de la L. 16 marche assez difficilement avec cette explication, très-ingénieuse, du reste.

Occupons-nous maintenant en détail des obligations qui résultent du contrat de vente.

L'acheteur ne se libère qu'en transférant la propriété des écus : le vendeur, en principe, n'est point tenu de transférer la propriété de la chose. Pourquoi cette différence ? Il sera souvent bien difficile au vendeur d'être assuré que la chose lui appartient, et, par suite, il serait bien rigoureux de le soumettre à une action en garantie, par cela seul que l'acheteur découvre qu'il n'est pas propriétaire et lorsque personne ne l'a encore inquiété. Au contraire, on peut exiger raisonnablement de l'acheteur qu'il transfère la propriété, parce que cette condition n'est pas d'un accomplissement trop difficile : en effet, que l'acheteur paie par l'entremise d'un *argentarius* ou que lui-même prenne dans sa caisse des écus qui s'y trouvaient confondus avec d'autres, il est certain qu'aucune revendication ne pourra être exercée contre le vendeur.

Paul ramène à trois les obligations du vendeur : *venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo* (2). — De ce que le vendeur doit être exempt de dol, nous pouvons immédiatement tirer deux conséquences :

I. S'il a su lors de la vente qu'il n'était pas propriétaire et s'il a omis d'en prévenir l'acheteur, celui-ci peut lui en demander compte. C'est ce que dit très-bien Africain : *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquàm evincatur, utiliter me*

(1) *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 591.

(2) L. 1 pr., D., *De rer. permut*. Remarquons que l'obligation de garantie s'applique non-seulement à l'éviction, mais encore aux vices rédhibitoires.

ex empto acturum putavit in id quanti meâ intersit meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenùs teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat, quia tamen dolum malum abesse præstare debeat, teneri eum qui sciens non suam ignoranti vendidit. Idem est maximè si manumissuro vel pignori daturo vendiderit (1).

II. Lorsque la chose vendue a une certaine importance, qu'il s'agit par exemple d'un fonds de terre ou d'un esclave, il est d'usage que le vendeur promette à l'acheteur de lui restituer le double du prix pour le cas où il viendrait à être évincé, et le vendeur manquerait à la bonne foi en se refusant à faire cette promesse. *Quia assidua est duplæ stipulatio*, dit Ulpien, *idcircò placuit, etiam ex empto agi posse si duplam venditor mancipii non caveat : ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (2). — Le vendeur ayant fourni cette *cautio duplæ*, l'acheteur évincé pourra donc recourir contre lui, soit par l'action *ex empto*, soit par l'action *ex stipulatu*. Il importe de signaler les principales différences qui existent entre ces deux actions :

1° L'action *ex empto* est une action de bonne foi; l'action *ex stipulatu* est une action *stricti juris* (3).

2° Par l'action *ex empto*, l'acheteur obtient indemnité pour le dommage qu'il éprouve, il obtient la valeur même de la chose qui lui est enlevée par un tiers; au contraire, l'action *ex stipulatu* aboutit à lui faire rendre le double du prix d'achat, quel que soit le dommage que lui cause l'éviction. *Evictâ re*, dit Paul, *ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit. Ergò, et si minor esse cœpit, damnum emptoris erit* (4). — Le sens de cette Loi est si clair que l'explication imaginée par Dumoulin et suivie par Pothier n'a pas besoin d'être réfutée d'une manière spéciale. Suivant eux, « ces termes *damnum emptoris erit* « ne se réfèrent pas *ad pretium recipiendum*, le prix devant être

(1) L. 30 § 1, D., *De action. empti* (19, 1).

(2) L. 31 § 20, D., *De ædil. Ed.* (21, 1). Voy. le même Ulpien, L. 37 pr. et § 1, D., *De evict.* (21, 2).

(3) Nous verrons plus tard, en expliquant le § 30, Inst., *De action.*, que cette première différence a un grand intérêt pratique.

(4) L. 70, D., *De evict.*

« toujours restitué en entier à l'acheteur en cas d'éviction; mais « ils se réfèrent seulement *ad id quod interest emptoris* : car, de « même que ce *id quod interest emptoris rem habere licere* augmente « à mesure que la chose augmente en valeur, de même il diminue « et se réduit à rien lorsque la chose diminue de valeur, et en ce « sens, *si res minor esse cœpit, damnum emptoris est* » (1).

3° Un acheteur qui avait traité avec un *non dominus* devient l'unique héritier du propriétaire. Peut-il recourir contre son vendeur? Il a bien contre lui l'action *ex empto* : car, s'il garde la chose, ce n'est point *ex causâ emptionis*. Mais il n'a point l'action *ex stipulatu* : car, à proprement parler, il n'est point évincé, il n'a point succombé en justice (2).

4° La chose achetée est revendiquée par un tiers; elle périt par cas fortuit *antè sententiam*; le juge reconnait qu'elle appartenait au revendiquant. L'acheteur aura bien l'action *ex stipulatu*, car il y a éviction; il n'aura pas l'action *ex empto*, car l'éviction ne lui a causé aucun dommage (3).

Si l'acheteur a oublié lors de la vente de se faire donner la *cautio duplæ*, il peut intenter l'action *ex empto*, puisqu'il se trouve que le vendeur manque à une de ses obligations. Et le juge de cette action *ex empto*, reconnaissant qu'il y a dol du vendeur, le condamnera immédiatement à payer le double du prix. *Si dupla non repromitteretur*, dit Paul, *et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus* (4). — On était même arrivé à dire qu'en l'absence de la *cautio duplæ* l'acheteur évincé peut par l'action *ex empto* obtenir condamnation au double du prix (5).

La chose vendue, mais non encore livrée, périt par cas fortuit et sans que le vendeur eût été constitué *in morâ* : il est certain que le vendeur est libéré de son obligation (6). Il reste à savoir si l'a-

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 69. Cette théorie de Dumoulin et de Pothier a passé dans le Code Napoléon (art. 1630 et 1631).

(2) Paul, L. 41 § 1, D., *De evict.*

(3) Paul, L. 16 pr., D., *De rei vindic.* (6, 1).

(4) L. 2, D., *De evict.*

(5) *Sentences de Paul*, II, XVII, § 2; *Fragm. du Vatican*, § 8.

(6) Voy. Inst., § 2 (3e phrase) *De inutil. stipulat.* (III, 19), et ci-dessus, p. 200 et suiv.

cheteur, qui perd sa créance, continue néanmoins à devoir le prix. C'est la question des risques. Si nous disons que l'acheteur cesse de devoir le prix, c'est que les risques sont pour le vendeur ; si nous disons, au contraire, que l'acheteur n'est point libéré de son obligation de payer le prix, c'est que les risques sont pour l'acheteur. En un mot, les risques sont pour celui qui, en définitive, souffre de la perte de la chose. Que disent les Institutes? *Cùm emptio et venditio contracta sit..., periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhùc ea res emptori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit..., emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere* (1). — Les risques sont pour l'acheteur. Cette décision m'a toujours paru très-rationnelle. La vente produit une obligation à la charge du vendeur, une obligation à la charge de l'acheteur : il y a, pour ainsi dire, échange de créances entre les deux parties. Si pour une raison quelconque l'une de ces deux obligations ne peut pas se former, la règle est que cela empêchera l'autre de prendre naissance ; mais, une fois qu'elles ont co-existé, l'extinction de l'une ne doit pas amener nécessairement l'extinction de l'autre. Deux objets ayant été échangés, la circonstance que l'un périt en tout ou en partie ou bien au contraire qu'il augmente de valeur, cette circonstance n'influe en rien sur le sort de l'autre : nous avons ici, en matière de vente, quelque chose d'absolument analogue.

« Mais, a-t-on dit, l'acheteur n'étant encore que créancier, il est singulier qu'il supporte les risques : cela est contraire à la règle *res perit domino.* » Cette observation n'est pas sérieuse. Dans tout le *Corpus juris* je ne connais qu'un seul texte où apparaisse cette fameuse règle *res perit domino* (2). Les empereurs Dioclétien et Maximien, supposant qu'un débiteur a engagé sa chose et qu'elle est venue à périr par cas fortuit, décident qu'elle périt pour lui en ce sens que sa dette n'est point éteinte (3). Cela se comprend très-bien ; mais évidemment on ne contredit pas cette décision en di-

(1) § 3 *De empt. et vendit.*
(2) L. 9, C., *De pignerat. act.* (4, 24).
(3) On peut bien dire aussi que la chose périt pour le créancier, en ce sens qu'il perd son gage et qu'il est réduit désormais à une action personnelle.

sant que les risques sont pour l'acheteur quand la chose périt par cas fortuit avant de lui avoir été livrée.

La règle posée aux Institutes se retrouve dans un grand nombre de textes. Cependant Cujas a soutenu que cette règle n'avait qu'une valeur purement théorique ou doctrinale et que la pratique romaine était contraire. Il invoque surtout la L. 33, D., *Locati* (19,2), dans laquelle le jurisconsulte Africain s'exprime ainsi : *Si vendideris mihi fundum, isque, priùs quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenùs verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes si quid pluris meâ intersit eum vacuum mihi tradi.* Ainsi, le fonds vendu ayant été confisqué, sans doute le vendeur ne doit pas de dommages-intérêts à l'acheteur, mais il lui restituera le prix s'il est déjà payé, et il ne pourra pas l'exiger si l'acheteur le devait encore. On a proposé plusieurs explications de cette décision d'Africain. Celle à laquelle je m'arrête est purement historique. Africain me paraît avoir reproduit ici une ancienne doctrine d'après laquelle, comme le bailleur n'a droit à la *merces* qu'en proportion de la jouissance qu'il a procurée au preneur, de même le vendeur n'a pas droit au prix lorsque même sans sa faute la chose n'a pas pu être livrée à l'acheteur. C'est ainsi que nous voyons Julien, contemporain d'Africain, poser en principe qu'il serait contraire à la bonne foi *ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret* (1). Mais les jurisconsultes postérieurs ont décidé que sous ce rapport il ne fallait pas traiter de même le vendeur et le locateur (2).

Les Institutes s'occupent spécialement du cas où c'est un esclave qui a été vendu. *Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ità ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit : sanè enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet ; si non suscepit, securus est.* Cette expression *custodiam suscipere* paraît signifier que le vendeur a spécialement promis d'exercer sur l'esclave une surveillance telle qu'il ne pourrait ni s'enfuir ni être

(1) Ulpien, L. 11 § 18, D., *De action. empti.*

(2) Sur cette question des risques, comp. Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 307.

volé. En général, celui qui doit un certain esclave n'est point considéré comme étant en faute par cela seul qu'il ne l'a pas surveillé au point de rendre la fuite ou le *furtum* impossible : en effet, l'esclave, étant un être intelligent, a des facilités particulières pour s'échapper, de sorte que, pour être sûr de ne pas le perdre, il faudrait le tenir emprisonné ou du moins avoir l'œil constamment sur lui : on peut être *bonus paterfamiliâs*, et cependant ne faire ni l'un ni l'autre. Donc la fuite ou le vol de l'esclave vendu peut très-bien, en l'absence d'une convention formelle, être traité comme la perte arrivée par cas fortuit. Mais les rédacteurs des Institutes ont ajouté maladroitement : *Idem et in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus.* Du moment que la chose vendue n'est pas un esclave, quand bien même aucune convention particulière n'aurait été faite sur la *custodia*, le principe est que le vendeur est en faute s'il a laissé voler l'objet, s'il a laissé échapper l'animal : il est en faute, par cela seul qu'il n'a pas pris les précautions nécessaires pour rendre impossible la fuite ou le vol. En somme, la diligence due par le vendeur ne s'apprécie pas absolument de la même manière, soit que la vente ait pour objet un esclave, soit qu'elle ait pour objet une autre chose : les rédacteurs des Institutes ont eu le tort de mettre tous les cas sur la même ligne (1).

Lorsque le vendeur se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de livrer la chose vendue, parce que depuis la vente elle a péri ou elle a été volée ou elle a été mise hors du commerce, les risques sont pour l'acheteur. Peut-être, du reste, une certaine obligation va-t-elle se trouver imposée au vendeur. *Utique*, dit Justinien, *vin-*

(1) Nous reviendrons sur le sens du mot *custodia*, notamment à propos des §§ 16 et 17, Inst., *De oblig. ex delicto* (IV, 1). Nous verrons que dans ces deux textes il est synonyme de *diligentia* et implique la responsabilité de la faute légère.

Je suis ici, en expliquant le § 3 *De empt. et vendit.*, la doctrine indiquée par M. de Savigny, *System*, t. I, § 45, note *d*. — M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, § 105, entend tout autrement le passage des Institutes qui nous occupe. Suivant lui, « lorsque, dans un contrat qui déjà, d'après sa nature, « exige la *custodia*, on a promis spécialement de la fournir, il faut admettre « que le *custodiens* a voulu se charger des cas fortuits consistant dans la fuite, « dans le vol et dans le *damnum injuriâ datum*, ce qui s'explique parce qu'on « ne doit rien supposer d'inutile dans les conventions. »

dicationem et condictionem exhibere debebit emptori, quia sanè qui nondùm rem emptori tradidit, adhùc ipse dominus est; idem est etiam de furti et de damni injuriæ actione (1). Ainsi, sans la faute du vendeur, la chose est volée ou détruite par un tiers : si, en sa qualité de propriétaire, le vendeur a contre ce tiers la revendication, la *condictio furtiva*, l'action *furti*, l'action de la loi Aquilia, en exigeant de l'acheteur le paiement du prix, du moins devra-t-il lui céder ces actions qui jusqu'à un certain point représentent la chose. — S'il se trouve que le vendeur n'était pas propriétaire, les actions dont il s'agit ne naissent point à son profit. Il est donc hors d'état de les céder à l'acheteur, et, en conséquence, il ne peut pas exiger de lui le paiement du prix. Bien plus, l'acheteur a l'action *ex empto*, comme quand il ne peut pas garder la chose en vertu de l'achat qu'il en a fait (2).

Supposons qu'au moment où je vends une chose, une action est déjà née à mon profit *propter istam rem*, par exemple parce qu'elle vient d'être volée : alors ce que je dois à l'acheteur, c'est la chose même, et je ne puis pas m'acquitter envers lui en lui cédant l'action (3). — Que si, la chose par moi vendue venant à périr sans que la perte soit imputable à personne, je me trouve avoir action contre un tiers, non pas à l'occasion de la perte, mais par suite d'un autre contrat, d'une autre vente que j'avais consentie au tiers, je puis exiger de l'acheteur l'accomplissement de son obligation sans être tenu de lui céder mon action ni ce que j'en retirerai : en effet, *pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur* (4).

— En traitant la question des risques, jusqu'à présent nous avons supposé une vente pure et simple. Que décider si, la vente étant conditionnelle, la chose périt par cas fortuit avant l'arrivée de la condition ? Il faut distinguer : si la perte est totale, c'est comme s'il n'y avait jamais eu de vente ; si la perte est seulement partielle, la condition, une fois accomplie, aura un effet rétroactif, ce sera comme si la vente avait été pure et simple, et, par consé-

(1) Inst., § 3 *in fine De empt. et vendit.* Les rédacteurs du Code Napoléon ont, assez mal à propos, reproduit cette disposition dans l'art. 1303.

(2) Gaius, L. 35 § 4, D., *De contrah. empt.* (18, 1).

(3) Paul, L. 21 *in fine De heredit. vel act. vend.* (18, 4).

(4) Paul, même L. 21.



quent, les risques seront pour l'acheteur : *si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris* (1).

La vente, nous le savons déjà, peut être pure et simple ; elle peut aussi être conditionnelle. Comme exemple de condition apposée à la vente, voici ce que nous trouvons dans les Institutes : *Si Stichus intrà certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot* (2). Je vous vends Stichus pour tel prix, si d'ici telle époque vous me faites savoir qu'il vous convient. A l'inverse, je puis vous vendre Stichus purement et simplement, mais en ajoutant que la vente sera résolue *si intrà certum diem tibi displicuerit.* — La clause appelée *in diem addictio* se présente également sous ces deux aspects : *Quoties fundus in diem addicitur*, dit Ulpien, *utrùm pura emptio est, sed sub conditione resolvitur, an verò conditionalis sit magis emptio, quæstionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit. Nàm, si quidem hoc actum est ut, meliore allatâ conditione, discedatur, erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur ; sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis* (3). Ainsi, d'après la volonté des parties, le fait par le vendeur de trouver dans le délai convenu quelqu'un qui lui offre un prix plus élevé empêche l'existence même d'une vente qui a été contractée *sub conditione* ou résout une vente qui a été contractée *purè.*

Dans le cas de la *lex commissoria*, la vente est présumée *pura* : je vous vends une chose pour telle somme, et il est entendu que, faute par vous d'avoir payé le prix à telle époque, la vente sera résolue (4). Il doit évidemment en être de même dans le cas de la clause de réméré, que suppose une Constitution de l'empereur Alexandre (5). — Il y a grand intérêt à dire que la vente est *pura* : en effet, la chose venant à périr en totalité, les risques seront pour l'acheteur. C'est aussi ce que le jurisconsulte Julien indique

(1) Paul, L. 8 pr. *in fine*, D., *De peric. et comm. rei vend.* (18, 6). Les rédacteurs du Code Napoléon (art. 1182) ont amélioré la position de l'acheteur.
(2) § 4 *De empt. et vendit.*
(3) L. 2 pr., D., *De in diem addict.* (18, 2).
(4) Ulpien, L. 1, D., *De lege commiss.* (18, 3).
(5) L. 2, C., *De pact. inter empt. et vendit.* (4, 54).

expressément à propos de l'*addictio in diem*. Il fait encore remarquer que l'acheteur peut usucaper, ce qui ne serait pas possible si la vente était conditionnelle (1).

La vente étant *pura*, quelle action donnerons-nous au vendeur, quand la résolution se sera produite? Conformément à la règle générale en matière de *pacta adjecta*, on est arrivé, après quelque hésitation, à lui donner l'action *venditi* (2). Du reste, l'empereur Alexandre lui laisse le choix entre l'action *venditi* et l'action *præscriptis verbis* (3). — Ulpien va plus loin. Il paraît admettre qu'au moment même où se produit la résolution, la propriété qui avait été transférée à l'acheteur revient au vendeur, et, en conséquence, il permet à celui-ci de procéder par voie de revendication (4).

Nous venons de voir plusieurs cas où la vente est résolue par l'effet d'une clause que les parties y ont insérée. Les empereurs Dioclétien et Maximien ont consacré, au profit du vendeur d'immeubles qui a souffert une lésion d'outre moitié, le droit de faire rescinder la vente. L'acheteur, ainsi actionné en rescision, a le choix ou de restituer l'immeuble ou de le garder en fournissant le supplément du juste prix (5).

Quelles choses peuvent être l'objet du contrat de vente? On peut répondre, en termes généraux : Toutes choses qui sont dans le commerce. *Loca sacra vel religiosa*, dit Justinien, *item publica*, *veluti forum*, *basilicam*, *frustrà quis sciens emit* (6). L'expression *loca publica* ne comprend point ce que nous appelons chez nous *les biens du domaine privé de l'État* : comme le dit Paul, vous ne pouvez pas acheter des *loca publica, quæ non in pecuniâ populi, sed in publico usu habentur, ut est Campus Martius* (7).

Lorsqu'il se trouve que la vente a pour objet une de ces choses

(1) L. 2 § 1, D., *De in diem addict.*

(2) Paul, L. 5 § 1, D., *De contrah. empt.*; Ulpien, L. 4 pr., D., *De lege commiss.*

(3) L. 2, C., *De pact. int. empt. et vendit.*

(4) L. 41 pr., D., *De rei vindicat.* (6, 1). Voy. aussi notre t. I, p. 576 et 577.

(5) L. 2, C., *De rescind. vendit.* (4, 44). Voy. aussi L. 8 *eod. Tit.*

(6) Inst., § 5 (1re phrase) *De empt. et vendit.*

(7) L. 5 pr., D., *De contrah. empt.* Comp. notre t. I, p. 433.

qui ne sont point dans le commerce, est-il donc impossible qu'il en résulte aucune action? A cet égard, une distinction doit être faite, distinction déjà indiquée par ces mots des Institutes, *frustrà quis* SCIENS *emit*, et développée dans ce qui suit : *Quæ tamen si pro profanis vel privatis, deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex empto quod non habere ei liceat, ut consequatur quod suâ interest deceptum non esse*. On pourrait croire, d'après cela, que l'action *ex empto* n'est ainsi donnée à l'acheteur qu'autant qu'il y a eu dol de la part du vendeur. Mais le texte ne doit certainement pas être pris dans un sens aussi restrictif. Du moment que l'acheteur a été de bonne foi, le vendeur de son côté eût-il été dans l'erreur, l'acheteur a droit à des dommages-intérêts. Comme le dit le jurisconsulte Licinius Rufinus, *liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modò inter ignorantes id fiat* (1). Julien dit, de même : *Qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquàm servum vendat, evictionis nomine tenetur : quarè etiam pater, si filium suum tanquàm servum vendiderit, evictionis nomine obligatur* (2). — Nous avons vu une règle différente en matière de stipulation : celui qui stipule une chose hors du commerce, fût-il de bonne foi, n'acquiert aucune action (3). Même en matière de vente, si la chose avait déjà péri lors du contrat, il paraît que l'acheteur n'aurait jamais droit à des dommages-intérêts (4).

Il ne peut pas y avoir vente là où la chose appartient déjà à l'acheteur. Cela est vrai du moins pour la vente pure et simple : car je puis acheter sous condition la chose qui m'appartient actuellement (5). — Je puis acheter, même purement et simplement, la possession de ma chose, si je n'ai pas cette possession (6).

Pour la validité de la vente, il n'est nullement nécessaire que le vendeur soit propriétaire de la chose vendue : *rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est* (7). Cela ne tient point, comme

(1) L. 70, D., *De contrah. empt.*
(2) L. 39 § 3, D., *De evict.*
(3) Voy., ci-dessus, p. 206.
(4) Paul, L. 15 pr. et L. 57 § 1, D., *De contrah. empt.*
(5) Pomponius, L. 16 pr., et Marcellus, L. 61, D., *De contrah. empt.*
(6) Paul, L. 34 § 4, D., *De contrah. empt.*
(7) Ulpien, L. 28, D., *De contrah. empt.*

on l'a dit quelquefois, à ce que le vendeur n'est pas obligé de transférer la propriété : car on peut léguer la chose d'autrui, et cependant l'héritier doit transférer la propriété au légataire ; de même, on peut promettre sur stipulation une *res aliena*, et cependant le promettant doit transférer la propriété au stipulant. Si la vente de la chose d'autrui était permise chez les Romains, c'est tout simplement parce que le mot latin *vendere* ne signifie pas *aliéner*, mais signifie *s'obliger à fournir*.

DU LOUAGE.

Dans le louage comme dans la vente, nous avons deux parties qui s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, et l'obligation de l'une des parties consiste à payer une somme d'argent ; seulement, cette somme d'argent s'appelle ici *merces* et non plus *pretium*. Quant à l'autre partie, son obligation peut consister, soit à procurer l'usage et la jouissance d'une chose, soit à rendre un service appréciable en argent, soit à confectionner un ouvrage (par exemple, à construire une maison). Dans les deux premiers cas (*locatio rei, locatio operarum*), la *merces* est touchée par le *locator* et payée par le *conductor*. Dans le troisième cas (*locatio operis faciendi*), l'entrepreneur, qui touche la *merces*, est appelé *conductor*, probablement parce que, comme le locataire d'un appartement ou d'un cheval, il est en contact avec l'objet, *in possessione rei*. Du reste, si cet entrepreneur est *conductor operis faciendi*, à un autre point de vue il est aussi *locator operarum*. Ainsi que le dit Paul, *cùm insulam ædificandam loco ut suâ impensâ conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est : locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem* (1). — Dans certains cas, on peut être sérieusement embarrassé sur le point de savoir laquelle des deux parties est *locator* et laquelle *conductor*. Ainsi, celui qui charge des marchandises sur un navire pour les faire transporter dans un certain lieu, celui-là est-il *conductor navis*, ou bien est-il *locator mercium vehendarum ?* En con-

(1) L. 22 § 2, D., *Locati* (19, 2).

séquence, s'il a quelque réclamation à faire contre le *magister navis*, doit-il employer l'action *conducti* ou l'action *locati?* Employant l'une des deux, il s'expose à perdre son procès si le juge estime qu'il aurait dû employer l'autre. Aussi Labéon, en cas pareil, disait-il qu'il y avait lieu de donner l'action *præscriptis verbis* (1).

Gaius remarquait déjà, et Justinien remarque après lui, que beaucoup de règles sont communes au contrat de louage et au contrat de vente : *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit* (2). Ainsi, de même que le contrat de vente existe dès qu'on est d'accord sur le prix, de même le contrat de louage existe dès qu'on est d'accord sur la *merces* (3). Justinien ne suppose pas qu'il ait été entendu qu'un écrit serait dressé ; le cas venant à se présenter, il faudrait certainement décider comme en matière de vente.

Il faut qu'il y ait une *merces certa*. D'après cela, le contrat de louage est-il formé lorsqu'il est convenu entre nous que je vous donne ma chose à loyer pour la somme qui sera fixée par Titius? La question était discutée entre les jurisconsultes romains (4). Dans le droit de Justinien, il y a là une location conditionnelle (5).

Peut-on dire qu'il y a louage (*locatio operarum*) lorsque je remets une pièce de drap à un tailleur pour qu'il m'en fasse un habit, si la *merces* n'est pas fixée dès le principe? La question autrefois était controversée : les Sabiniens voyaient là un louage ; les Proculiens y voyaient un contrat innomé, pouvant donner lieu à l'action *præscriptis verbis* (6). Justinien, comme en matière d'échange (*do ut des*), a consacré l'opinion des Proculiens (7).

Même observation à faire sur l'hypothèse suivante : Il est convenu que je pourrai me servir de votre chose ; ce n'est pas gratuitement (cas auquel il y aurait commodat), ce n'est pas non plus

(1) Papinien, L. 1 § 1, D., *De præscr. verb.* (19, 5).

(2) Gaius, L. 2 pr., D., *Locati*, et Comment. III, § 142 ; Inst., pr. (au commencement) *De locat. et conduct.* (III, 24).

(3) Même L. 2 pr. ; Inst., pr. (2e phrase) *De locat. et conduct.*

(4) Gaius, III, § 143 (1re phrase).

(5) Inst., § 1 (1re phrase) *De locat. et conduct.* Comp. § 1 (3e alinéa) *De empt. et vendit.*

(6) Gaius, III, § 143 *in fine*.

(7) Inst., § 1 *in fine De locat. et conduct.*

moyennant une somme d'argent : c'est moyennant que, de mon côté, je vous laisserai vous servir de ma chose. Les Sabiniens voyaient là un louage; les Proculiens y voyaient un contrat innomé (1), et c'est cette dernière opinion qui a prévalu. En conséquence, dans le cas dont il s'agit, l'obligation se forme *re* et non pas *solo consensu;* si l'une des parties a quelque indemnité à demander à l'autre, c'est l'action *præscriptis verbis* qu'elle devra employer (2).

Que décider si je conviens avec un orfèvre qu'avec de l'or à lui appartenant il me fera des anneaux de tel poids et de telle forme, moyennant une somme de... que je m'engage à lui compter? Y a-t-il là un contrat de vente, ou bien une *locatio operarum?* Cassius était d'avis qu'il y a l'un et l'autre, *materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi*, *operæ autem locationem et conductionem.* La plupart des jurisconsultes décidaient avec raison qu'il y a simplement vente, et c'est aussi ce que décide Justinien. Que si je fournissais l'or à l'ouvrier, il est clair qu'il y aurait *locatio operarum* (3).

Voici une dernière hypothèse, indiquée par Gaius, et sur laquelle on avait discuté : Je vous fournis des gladiateurs, avec cette clause que, pour chacun de ceux qui reviendront sans blessure, vous me donnerez 20 deniers *pro sudore*, et que, pour chacun de ceux qui seront tués ou estropiés, vous m'en donnerez mille : est-ce une vente que je vous fais ou est-ce une location ? L'opinion qui a prévalu, c'est que, relativement aux gladiateurs qui reviennent sains et saufs, il y a eu location, et que, relativement aux autres, il y a eu vente. Ainsi l'événement montre quel est le contrat qui a eu lieu, chacun des gladiateurs ayant été vendu ou loué sous condition : *jàm enim non dubitatur,* ajoute Gaius, *quin sub conditione res veniri aut locari possint* (4). Probablement il n'y a jamais eu de doute sur le point de savoir si une condition peut être apposée à un contrat de vente, apposée à un contrat de louage. Mais ce

(1) Gaius, III, § 144.
(2) Inst., § 2 *De locat. et conduct.*
(3) Gaius, III, § 147; Inst., § 4 *De locat. et conduct.*
(4) Comment. III, § 146.

qui pouvait faire doute, et ce qui effectivement avait fait doute autrefois, c'est la possibilité de dire : « Voilà une chose qui est entre nous l'objet d'un contrat. Quel est ce contrat ? une vente, si tel événement arrive ; un louage, si tel autre événement arrive. » Ce qui est en suspens ici, ce n'est pas seulement l'existence ou l'inexistence du contrat, c'est l'existence de tel contrat ou l'existence de tel autre contrat.

— Le *conductor* doit accomplir son obligation, telle qu'elle existe d'après la nature du contrat de louage. Il doit faire tout ce qu'exige la bonne foi ; il répond de sa faute même légère. — Dans le contrat de louage, comme dans le contrat de vente, certaines clauses particulières ont pu être insérées : elles sont obligatoires pour les parties aussi bien que ce qui est de la nature même du contrat. Voilà précisément ce que Justinien a voulu dire par ces mots : *Conductor omnia secundùm legem conductionis facere debet* (1).

Comment finit le contrat de louage ? Justinien dit qu'il ne finit point par la mort du *conductor* : *Mortuo conductore intrà tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit* (2). Justinien suppose ici une *locatio rei*. Dans la *locatio operis faciendi*, au contraire, le contrat finit par la mort de l'entrepreneur, du *conductor* : car son héritier n'a peut-être pas le talent nécessaire, le talent qui a été pris en considération lors du contrat. De même et par la même raison, dans la *locatio operarum*, le contrat finit par la mort du *locator*.

En nous attachant spécialement à la *locatio rei*, nous dirons que le mode habituel de dissolution du contrat, c'est l'expiration du temps pour lequel il a été fait : les choses sont louées habituellement pour tant de mois, pour tant d'années, et, le délai une fois expiré, le preneur n'a plus le droit de se servir de la chose. Du reste, il peut y avoir tacite reconduction, c'est-à-dire que, le preneur restant en possession, les parties peuvent être considérées comme ayant fait un nouveau bail à partir de l'expiration du premier. Quand il s'agit d'un fonds de terre, nous ne trouvons à cet

(1) Inst., § 5 *De locat. et conduct.*
(2) Inst., § 6 *De locat. et conduct.*

égard aucune difficulté. *Taciturnitate utriusque partis colonus reconduxisse videtur. Quod ità accipiendum est ut, in ipso anno quo tacuerunt, videantur eamdem locationem renovâsse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum fortè ab initio fuerit conductioni præstitutum. Sed, etsi secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eamdem videri locationem in illo anno permansisse : hoc enim ipso quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est* (1). En ce qui concerne les maisons, il en est autrement : *in urbanis autem prædiis alio jure utimur.* Malheureusement le texte, altéré sans doute par les commissaires de Justinien, est ici d'une obscurité très-grande : *prout quisque habitaverit, ità et obligatur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est* (2). Evidemment il y a une règle et une exception; mais je crois que l'exception appartient à Tribonien et à ses collègues. Voici le sens qui me paraît le plus plausible : « En principe, il y a toujours et à chaque instant possibilité de donner congé; mais, si une certaine durée a été fixée par écrit pour la location, la même durée est applicable à la reconduction. »

— Le louage de choses, avons-nous dit, ne s'éteint pas par la mort du preneur. Il en est autrement de l'usufruit, et ceci nous donne occasion de comparer la condition de l'usufruitier et celle du preneur.

Une ressemblance qui nous est déjà connue, c'est que le fermier et l'usufruitier gagnent les fruits par la perception (3). J'ajoute que l'usufruit peut très-bien être constitué de manière à s'éteindre, comme le droit du preneur, *tempore*, par l'expiration d'un certain délai. Mais l'usufruit s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier, tandis que le preneur transmet sa position à son héritier. — L'usufruit peut avoir été constitué à titre gratuit; si le preneur a un droit, il l'a essentiellement acquis à titre onéreux. — Mais la grande différence, c'est que l'usufruitier a un droit réel, tandis que le preneur a un droit de créance contre son

(1) Ulpien, L. 13 § 11, D., *Locati*; voy. aussi L. 14 *eod. Tit.* Comp. l'art. 1776 du Code Napoléon.

(2) Même L. 13 § 11 *in fine*.

(3) Inst., § 36 *De divis. rer.* (II, 1).



bailleur. A cette différence fondamentale se rattachent les conséquences suivantes :

1° Supposons que j'ai acquis à titre onéreux un droit d'usufruit : la chose qui en est grevée venant à périr, les risques sont pour moi. Au contraire, j'ai pris à loyer une maison, et sans ma faute elle brûle ou elle s'écroule : le bailleur n'a droit à la *merces* convenue entre nous qu'en proportion du temps pendant lequel il m'a procuré la jouissance effective de la chose.

2° Si le fonds dont j'ai l'usufruit ne donne point de récolte une certaine année ou même plusieurs années de suite, je ne puis pas m'en prendre au nu-propriétaire, c'est moi seul qui dois en souffrir. Il en est tout autrement pour le fermier : *Si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne suprà damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur. Sed et si uredo fructum oleæ corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum...* (1).

3° L'usufruitier, au moyen d'une action confessoire, au moyen d'interdits quasi-possessoires, peut attaquer toute personne qui détiendrait la chose ou qui le troublerait dans l'exercice de son droit de jouissance. Le preneur a purement et simplement un droit de créance contre son bailleur : si le bailleur aliène la chose, le tiers-acquéreur peut expulser le preneur, et celui-ci sera réduit à demander au bailleur des dommages-intérêts. Comme le dit l'empereur Alexandre, *emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi eâ lege emit* (2).

Gaius nous parle d'un cas dans lequel on se demande s'il y a vente ou s'il y a louage : c'est le cas où je vous livre une chose pour que vous en jouissiez à perpétuité, moyennant une redevance que vous me paierez périodiquement. *Quod evenit*, dit Gaius, *in*

(1) Ulpien, L. 15 § 2, D., *Locati*. Comp. les art. 1770 et 1771 du Code Napoléon.

(2) L. 9, C., *De locat.* (4, 65). Les rédacteurs du Code Napoléon, tout en permettant au preneur d'invoquer les anciens effets du contrat de louage, me paraissent lui avoir accordé, de plus, dans l'art. 1743, un véritable droit réel. Mais c'est un point sur lequel on discute beaucoup.

prædiis municipum. Il ajoute que l'opinion qui a prévalu, c'est qu'il faut voir là un louage (1).

L'intérêt de la question se présente surtout lorsque la chose vient à périr : on se demande alors pour qui sont les risques. Si nous considérons celui qui jouit de la chose comme étant un acheteur, les risques seront pour lui : il restera tenu de payer la redevance convenue. Si, au contraire, nous voyons en lui un preneur, il s'ensuivra que les risques sont pour le propriétaire.

Déjà dans l'ancien droit, la tradition une fois faite en vertu du contrat dont il s'agit, le Préteur considère celui à qui elle est faite comme ayant une sorte de droit réel, et même sans exiger que le contrat lui donne le droit d'en jouir à perpétuité : *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversùs quemvis possessorem, sed et adversùs ipsos municipes, ità tamen si vectigal solvant. Idem est et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit* (2). — Du moment que le possesseur de l'*ager vectigalis* est ainsi investi d'une action *in rem*, on comprend que sa condition se rapproche beaucoup de celle d'un usufruitier. Voici les principales différences qui subsistent entre eux :

1° Au point de vue de l'établissement : le droit réel d'usufruit se constitue sans tradition, tandis qu'ici la tradition est indispensable pour qu'il puisse être question d'une action *in rem*. — De même, au point de vue de l'extinction : le droit d'usufruit finit à la mort de l'usufruitier, tandis qu'ici le droit se transmet aux héritiers tant que le *vectigal* est exactement payé.

2° L'usufruitier n'acquiert les fruits qu'autant qu'ils sont perçus par lui ou en son nom ; le possesseur de l'*ager vectigalis*, comme le *possessor bonæ fidei*, en devient propriétaire par cela seul qu'ils sont séparés du fonds (3).

3° L'usufruitier ne peut aucunement aliéner son droit, tandis que le possesseur de l'*ager vectigalis* peut mettre un tiers en son

(1) Comment. III, § 145. Comp. Inst., § 3 (1er alinéa) *De locat. et conduct.*
(2) LL. 1 § 1, 2 et 3, D., *Si ager vectigalis* (6, 3).
(3) Julien, L. 25 § 1 *in fine*, D., *De usuris* (22, 1).

lieu et place, ou grever la chose d'un usufruit qui vaudra *iure prætorio* (1).

En réalité, le possesseur de l'*ager vectigalis* n'est pas un *dominus;* il ressemble plutôt au possesseur d'un fonds provincial. Aussi, quand une maison concédée de cette manière menace ruine, importe-t-il beaucoup de distinguer suivant que le voisin, pour obtenir la *cautio damni infecti*, s'adresse aux *municipes* ou simplement au possesseur. *Si de vectigalibus ædibus non caveatur*, dit Ulpien, *mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere: nec enim dominium capere possidendo potest. Sed decernendum ut eodem jure esset quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit. Sed in vectigali prædio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri* (2).

Quand le possesseur de l'*ager vectigalis* aliène son droit, il reste néanmoins obligé au paiement du *vectigal*, à moins que le propriétaire ne veuille bien accepter pour débiteur le nouveau possesseur.

— C'est seulement l'empereur Zénon qui, par une Constitution conservée au Code (3) et analysée aux Institutes (4), a définitivement tranché la question de savoir quel genre de contrat existe dans le cas qui nous occupe. D'après cette Constitution, ce n'est ni une vente ni un louage; c'est un contrat particulier, le contrat d'*emphytéose*. Pour qui seront les risques? A cet égard, on observera d'abord la volonté des parties. Si les parties ne se sont pas expliquées, il y a une distinction à faire : en cas de perte totale, les risques sont pour le propriétaire, comme en matière de louage; au contraire, en cas de perte partielle, les risques sont pour l'emphytéote, comme en matière de vente.

D'après une Constitution de Justinien, l'emphytéote peut être expulsé lorsqu'il est resté trois ans sans payer le *vectigal* (5).

Dans une autre Constitution, Justinien décide que l'emphytéote qui veut vendre son droit doit prévenir le propriétaire, lequel a deux mois pour exercer une préemption, c'est-à-dire qu'il peut

(1) *Fragm. du Vatican*, § 61.
(2) L. 15 §§ 26 et 27, D., *De damno inf.* (39, 2).
(3) L. 1, C., *De jure emphyteut.* (4, 66).
(4) § 3 (2e alinéa) *De locat. et conduct.*
(5) L. 2, C., *De jure emphyt.*

reprendre la possession moyennant le prix qu'avait trouvé l'emphytéote. Si le propriétaire n'exerce pas cette préemption, il reconnait par là même comme emphytéote le nouvel acquéreur; celui-ci doit seulement payer une sorte de droit de mutation, qui ne peut pas dépasser 2 p. 100 de son prix d'acquisition (1).

DE LA SOCIÉTÉ.

La société est un contrat consensuel par lequel deux personnes ou un plus grand nombre conviennent de mettre en commun certaines valeurs pour ensuite partager le bénéfice provenant de leur exploitation. Le contrat de société se forme en vue d'une entreprise pour laquelle les ressources d'une seule des parties seraient insuffisantes. De plus, il est constant qu'en augmentant le capital employé à une certaine industrie, à un certain commerce, vous obtiendrez des bénéfices qui ne seront pas simplement proportionnels à cette augmentation du capital, qui seront beaucoup plus forts. Tel qui, exploitant un capital de 100 sous d'or, gagne chaque année 5 ou 6 p. 100, gagnerait peut-être 40 p. 100 s'il pouvait disposer d'un capital de 1000 sous d'or. — On comprend donc facilement qu'il y a un intérêt pécuniaire à se mettre en société. Du reste, je m'empresse d'ajouter qu'en général, chez les Romains, cet intérêt pécuniaire n'est pas le seul mobile de ceux qui s'associent, et que les sentiments d'affection personnelle jouent un certain rôle dans la formation du contrat de société.

Dans le contrat de vente, de même dans le contrat de louage, nous avons deux parties dont la condition est différente : chacune a sa dénomination propre, chacune est tenue d'une action distincte. Dans la société, au contraire, en droit chacune des parties joue absolument le même rôle, une dénomination unique s'applique à chacune : aussi une seule action, l'action *pro socio*, sert-elle à procurer l'exécution de toutes les obligations qui ont pu naître du contrat.

Un contrat de société peut être fait sous condition : Ulpien prend

(1) L. 3, C., *eod. Tit.*

la peine de le dire expressément (1). De son côté, Justinien nous apprend que la question avait fait doute anciennement : *De societate apud veteres dubitatum est, si sub conditione contrahi potest;* et il ajoute : *Sancimus societatem contrahi posse non solùm purè, sed etiam sub conditione* (2). Comment s'expliquer que des doutes aient pu exister à cet égard ? Je me l'explique simplement par cette idée que l'incertitude sur le point de savoir si une personne, faisant un certain acte, le fait pour elle-même ou au contraire le fait en qualité d'associé, que cette incertitude peut amener des résultats bizarres ou de grandes complications. On ne comprendrait pas qu'un mariage eût lieu sous condition ; probablement certains jurisconsultes avaient vu quelque chose d'analogue dans le contrat de société.

Les Institutes, à l'exemple de Gaius, mentionnent seulement deux espèces de société : *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter* κοινοπραξίαν *appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique* (3). Ulpien donne une énumération plus complète, lorsqu'il dit : *Societates contrahuntur, sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius* (4). D'après Ulpien lui-même, il y a encore une cinquième espèce de société ; elle aurait lieu entre parties qui auraient simplement déclaré qu'elles se mettent en société : c'est ce que nous appelons la société universelle de gains. *Coiri societatem et simpliciter licet ; et, si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit* (5).

De ces cinq espèces de société, il y en a une, la société *totorum bonorum*, à laquelle s'applique une règle remarquable, que nous devons signaler dès à présent. *In societate omnium bonorum*,

(1) L. 1 pr., D., *Pro socio* (17, 2).
(2) L. 6, C., *Pro socio* (4, 37).
(3) Gaius, III, § 148 ; Inst., pr. *De societ.* (III, 25).
(4) L. 5 pr., D., *Pro socio*.
(5) L. 7, D., *Pro socio*. Voy. aussi les six Lois suivantes.

omnes res quæ coeuntium sunt, continuò communicantur (1). Ainsi, quand plusieurs personnes contractent ensemble une société universelle, à l'instant même du contrat les biens appartenant à chacune deviennent indivis entre toutes. Comme le dit Gaius, *licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (2). On n'exige pas, de la part de chacun des contractants, une tradition réelle, on n'exige même pas la déclaration expresse appelée *constitut possessoire* : il serait à craindre que, par oubli ou par dol, quelqu'un des contractants ne comprît pas tous ses biens dans la tradition ou dans le constitut possessoire. Quant aux droits de créance, il n'en est pas ainsi : *Ea verò quæ in nominibus erunt*, dit Paul, *manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent* (3). Celui des contractants qui a un droit de créance contre un tiers reste seul créancier : comme les Romains ont eu quelque peine à comprendre qu'un créancier pût céder son droit, à plus forte raison n'admettent-ils pas facilement la cession tacite. Seulement, celui des associés qui se trouve ainsi avoir une créance sur un tiers devra en communiquer l'émolument aux autres associés. Même en ce qui concerne le droit de propriété, ou, en d'autres termes, les choses corporelles, la tradition tacite n'est reconnue que quand nous nous plaçons à l'instant même où le contrat se forme : quant aux biens qui adviennent à l'une des parties depuis la formation du contrat, elle doit les transférer pour partie indivise à chacun de ses associés, conformément au droit commun.

Après ces notions générales, nous avons à examiner successivement les deux questions suivantes :

1° Comment se fait la répartition des bénéfices et des pertes entre les différents associés?

2° Comment finit la société?

(1) Ulpien, L. 1 § 1, D., *Pro socio*.
(2) L. 2, D., *Pro socio*.
(3) L. 3 pr., D., *Pro socio*.

1° *Règles concernant la répartition.*

Il est certain, dit Gaius, que si les contractants n'ont pas réglé expressément la part qu'aurait chacun dans les bénéfices et dans les pertes, toutes les parts seront égales, *æquis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse* (1). Cela veut dire que chacun des associés vient pour une part virile : en d'autres termes, il s'agit là d'une égalité absolue, et non pas d'une égalité proportionnelle aux mises. D'abord, il est évident que tel est le sens naturel des mots *æquales* ou *æquæ partes*. De plus, Ulpien, supposant qu'on est convenu que la part de l'associé Titius sera double de celle de l'associé Mævius, décide que cette clause est valable si l'apport de Titius a été plus fort que celui de Mævius (2) : le droit commun n'est donc pas que la part de chaque associé est proportionnelle à sa mise. De même, Proculus, supposant qu'il a été convenu que les parts des différents associés seraient fixées par un tiers, Proculus dit : *Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio ut non utique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ, in societatem collaturus erat* (3), — décision absolument inexplicable dans l'opinion que nous repoussons.

S'il faut reconnaître que le droit commun, chez les Romains, c'est l'égalité absolue des parts, n'est-on pas du moins fondé à dire que c'est là un système peu rationnel? A mes yeux, il y a là une règle très-raisonnable et parfaitement conforme à l'intention des parties. Les parties étaient libres de fixer les parts proportionnellement aux mises : si elles n'ont fait aucune fixation de parts, nous devons présumer que c'est parce qu'elles ont regardé les différentes mises comme égales entre elles. Ajoutez qu'il y aurait presque toujours une difficulté insurmontable, lorsque se fait la répartition, à reconnaître quelle était la valeur exacte des

(1) Gaius, III, § 150 (1er alinéa); Inst., § 1 (1re phrase) *De societ.*
(2) L. 29 pr., D., *Pro socio.*
(3) L. 80, D., *Pro socio.*

différentes mises effectuées il y a peut-être dix ou vingt ans (1).

Nous savons déjà que la convention particulière qui assigne aux différents associés des parts différentes n'est valable qu'autant que celui à qui est assignée une part plus forte a mis davantage dans le fonds de la société. Il faut entendre en ce sens ce passage des Institutes, conçu en termes un peu trop absolus : *Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent* (2). Si l'associé qui apporte moins devait recevoir plus que les autres, évidemment c'est que les autres voudraient lui faire une donation ; or, là où il y a intention de donner, il n'y a pas société : *donationis causâ societas rectè non contrahitur* (3).

— Les Institutes, au § 2 de notre Titre, prévoient deux espèces distinctes, que nous allons examiner successivement :

1re *espèce.* Titius et Seius, en s'associant, conviennent que Titius aura deux tiers dans le profit et un tiers dans la perte, tandis que de son côté Seius aura un tiers dans le profit et deux tiers dans la perte. Cette convention est-elle valable? *Magna fuit quæstio,* dit Gaius. Suivant Quintus Mucius, une pareille convention est contraire à la nature de la société, et, par conséquent, elle ne doit pas être validée. Mais l'opinion contraire, défendue par Servius Sulpicius, a prévalu. « Souvent, disait Servius Sulpicius, l'industrie d'un associé, les services qu'il rend à la société, ont tant de valeur qu'il est juste de lui faire une condition meilleure. C'est ainsi que, sans aucun doute, il peut être convenu que l'un mettra de l'argent, que l'autre n'en mettra pas, et que cependant ils se partageront les bénéfices : *sæpè enim opera alicujus pro pecuniâ valet* » (4).

2e *espèce.* Il est convenu que l'un des associés aura une part dans le profit, mais non dans la perte. Ici encore Servius Sulpicius

(1) Chez nous (C. Nap., art. 1853), à défaut de convention particulière, la part de chaque associé est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. D'après les habitudes modernes, l'importance de chaque mise sera presque toujours constatée par écrit, et alors la règle pourra s'appliquer sans grande difficulté.

(2) Inst., § 1 (2e phrase) *De societ.* Comp. Ulpien, L. 29 pr., D., *Pro socio.*

(3) Ulpien, L. 5 § 2, D., *Pro socio.*

(4) Gaius, III, § 149; Inst., § 2 (au commencement) *De societ.*

admet la validité de la convention, et son opinion a prévalu. Mais il importe de bien se fixer sur le sens de cette convention : *quod ità intelligi oportet*, dit Justinien, *ut, si in aliquâ re lucrum, in aliquâ damnum allatum sit, compensatione factâ solum quod superest intelligatur lucri esse* (1). Je suppose qu'au moment où la question se présente la société a fait quatre opérations ; trois ont donné chacune un bénéfice de 5, mais la quatrième a donné une perte de 10. L'associé qui doit avoir part dans le profit, non dans la perte, peut-il dire : « Je prends ma part sur 15, car la perte ne me regarde pas ? » Non, il ne peut pas tenir ce langage : le bénéfice sur lequel il peut réclamer la part convenue, c'est seulement le bénéfice qui existe en définitive, le bénéfice qui reste après déduction des pertes : en un mot, c'est 5, et non pas 15. La perte qui ne le regarde pas, c'est seulement la perte qui existerait en définitive, compensation faite des résultats de toutes les opérations, bonnes ou mauvaises, accomplies par la société. — Un associé peut bien être affranchi des pertes dans le sens qui vient d'être indiqué; mais, à l'inverse, on ne pourrait pas convenir qu'un associé n'aura aucune part dans les bénéfices : comme le dit Ulpien, il y aurait là une société léonine (2).

Paul, dans un fragment inséré au Digeste, s'exprime ainsi : *Mucius, lib.* XIV, *scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat; Servius, in notatis Mucii, ait nec posse societatem ità contrahi* (3). Il s'agit là de notre 1re *espèce* : il semblerait que, d'après Paul, Servius Sulpicius s'accordait avec Quintus Mucius pour proclamer la nullité de la convention. Mais il suffit de lire la suite du fragment de Paul pour voir s'évanouir toute contradiction avec Gaius et avec les Institutes. En quel sens Servius Sulpicius tient-il pour nulle la convention qui donne à un associé une part différente dans l'actif et dans le passif? C'est seulement en tant qu'on voudrait prendre le profit résultant de toutes les opérations qui ont bien tourné, puis la perte résultant de toutes les opérations qui ont mal tourné, sans s'attacher, *compen-*

(1) Inst., § 2 *in fine De societ.*
(2) L. 29 § 2, D., *Pro socio.*
(3) L. 30, D., *Pro socio.*

satione factâ, au résultat définitif. En un mot, la pensée de Servius est que *potest coiri societas ità ut ejus lucri quod reliquum in societate sit omni damno deducto pars alia feratur, et ejus damni quod similiter relinquatur pars alia capiatur*. Ce qui revient à dire que le mode de calcul indiqué par Justinien à la fin du § 2 s'applique non-seulement à la 2e espèce, mais également à la 1re.

—Un point qui ne fait pas difficulté, c'est que les associés, ayant fixé les parts *in lucro*, sont censés les avoir fixées de même *in damno*, et réciproquement (1).

— Nous savons déjà que la fixation des parts peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers; elle peut même être laissée à l'arbitrage d'un des associés. Dans tous les cas, la fixation ainsi faite serait nulle si elle était manifestement contraire à l'équité : *Si arbitrium ità pravum est ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonæ fidei* (2).

2° *Comment la société prend fin.*

Le jurisconsulte Modestin signale quatre causes comme amenant la dissolution des sociétés : *dissociamur renunciatione, morte, capitis minutione et egestate* (3). Ulpien se place à un autre point de vue lorsqu'il dit : *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione : ideòque, sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas*... (4).

(1) Gaius, III, § 150 *in fine*; Inst., § 3 *De societ.*

(2) L. 6, LL. 76-80, D., *Pro socio*. Comp. l'art. 1854 du Code Napoléon.

(3) L. 4 § 1, D., *Pro socio*.

(4) L. 63 § 10, D., *Pro socio*. Il est difficile de savoir ce que le jurisconsulte veut dire par ces mots : *Societas solvitur ex actione*. Il explique les trois autres modes, mais non celui-là. Paul n'est pas non plus très-clair lorsqu'il dit : *Actione distrahitur cùm aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait, hoc ipso quod judicium ideò dictatum est ut societas distrahatur, renunciatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit* (L. 65 pr. *eod. Tit.*). La société est dissoute quand il intervient une stipulation pour nover les obligations sociales; de même, quand un associé agit pour demander son compte. L'idée de Paul ne paraît pas être exactement celle d'Ulpien.



Une société peut être contractée *ad tempus*, pour durer pendant un certain temps : Ulpien le dit expressément (1). Mais, en cas pareil, il ne paraît pas que la société se trouve dissoute de plein droit par la seule échéance du terme : ce qui résulte de cette échéance, c'est la faculté pour l'associé de se retirer sans qu'on puisse l'accuser de dol (2).

— Les Institutes donnent quelques détails sur certains modes de dissolution auxquels nous allons nous attacher particulièrement :

La société est dissoute lorsque l'un des associés *renunciat societati*, fait savoir aux autres qu'il ne veut plus rester avec eux en société (3). C'est ainsi que le mariage est dissous lorsque l'un des époux répudie l'autre. — Du reste, la *renunciatio* n'aura pas tout son effet, du moins au profit du *renuncians*, si elle est dolosive. *Si quis callidè in hoc renunciaverit societati ut obveniens aliquod lucrum solus habeat..., cogetur hoc lucrum communicare* (4). Dites-en autant si la *renunciatio*, sans être dolosive, était du moins intempestive, faite *eo tempore quo interfuit socii non dirimi societatem* (5).

La société se dissout par la mort d'un associé, *quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*. Non-seulement la société ne continue pas avec l'héritier du prédécédé, mais même, si plusieurs associés survivent, elle ne continue pas entre eux, à moins que le contraire n'ait été spécialement convenu *in coeundâ societate* (6). Il va de soi que l'héritier de l'associé prédécédé prend les choses dans l'état où elles se trouvent, que par conséquent il participe aux bénéfices déjà réalisés comme aux pertes déjà subies lors du décès de son auteur. — Quant à la société *vectigalis*, formée pour le recouvrement de l'impôt, il y a certainement ici quelque chose de particulier. Cela est indiqué dans deux textes, malheureusement très-obscurs. *Adeò morte socii solvitur societas*, dit d'abord Pomponius, *ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat so-*

(1) L. 1 pr., D., *Pro socio*.
(2) Paul, L. 65 § 6, D., *Pro socio*.
(3) Gaius, III, § 151 ; Inst., § 4 *De societ*.
(4) Comp. Paul, L. 65 §§ 3 et 4, D., *Pro socio*.
(5) Paul, L. 65 § 5, D., *Pro socio*.
(6) Inst., § 5 *De societ*. Comp. les art. 1865 n° 3 et 1868 du Code Napoléon.

cietati. Hæc ità in privatis societatibus ait. In societate vectigalium nihilominùs manet societas, et post mortem alicujus, sed ità demùm si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat : quod ipsum ex causâ æstimandum est : quid enim si is mortuus sit propter cujus operam maximè societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit (1)? Voici maintenant ce que dit Ulpien : *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circà societates vectigalium cæterorumque idem observamus ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus. Verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit sive adhùc vivo socio vectigalis sive posteà; quod non similiter in voluntariâ societate observatur* (2). De ces deux textes ressortent, en ce qui concerne la société *vectigalis*, les deux anomalies suivantes :

1° En l'absence de toute convention particulière, la société subsiste après la mort d'un associé (à moins que le concours de cet associé ne fût absolument indispensable à l'existence de la société); et l'héritier de cet associé, bien qu'il ne soit pas lui-même associé, bien qu'il ne puisse aucunement diriger les affaires sociales, participe néanmoins aux bénéfices réalisés et aux pertes subies même depuis la mort de son auteur.

2° En formant la société *vectigalis*, on peut valablement convenir que, l'un des associés venant à mourir, son héritier le remplacera complétement, sera *socius* dans toute la force du terme comme il l'était lui-même (3).

Dans l'ancien droit, la société était encore dissoute par la *capitis deminutio* de l'un des associés. Cela est indiqué par Gaius : *Dicitur*

(1) L. 59 pr., D., *Pro socio*.

(2) L. 63 § 8, D., *Pro socio*.

(3) C'est l'explication de *Janus a Costâ*. Elle a été reproduite, mais un peu inexactement, par Pothier (*Pand. Justin.*, Tit. *Pro socio*, n° 57).

Voici une troisième anomalie : *Vectigalium publicorum sociis*, dit Gaius, *permissum est corpus habere :* voy. L. 1, D., *Quod cujusc. universit.* (3, 4). Cela signifie, sans doute, que la société *vectigalis*, comme nos sociétés de commerce, constitue une personne morale.

et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti æquiparari dicitur; sed, si adhùc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas (1). Dans le droit de Justinien, cet effet dissolutif paraît être attaché seulement à la *maxima* et à la *media capitis deminutio* (2).

Gaius assimilait au cas de mort ou de *capitis deminutio* d'un associé le cas où ses biens étaient vendus en bloc, soit *publicè*, soit *privatim*, c'est-à-dire sur la poursuite du Trésor public ou sur la poursuite de créanciers privés (3). Dans le droit de Justinien, nous le savons, la *bonorum venditio* n'existe plus. Mais, d'après les Institutes, la société sera dissoute si l'un des associés encourt la *publicatio*, c'est-à-dire la confiscation de tous ses biens, ou s'il est réduit à faire *bonorum cessio* à ses créanciers (4).

Enfin la société qui a été contractée en vue d'une certaine opération ou d'une certaine entreprise finit naturellement lorsque l'opération est faite, lorsque l'entreprise est consommée (5).

DU MANDAT.

Le mandat est un contrat consensuel par lequel une personne en charge une autre de faire quelque chose. Ce contrat implique de la part du mandant une confiance particulière dans la personne à qui il donne une mission. Le mot *mandatum* paraît venir de *manûs datio* : le mandant serre dans sa main la main du mandataire pour exprimer qu'il se fie à lui. Aussi verrons-nous que le mandataire qui trahit cette confiance, qui est condamné comme infidèle, encourt par cela même l'infamie, *ignominiosus fit* (6).

Le mandat offre une certaine analogie soit avec le dépôt, soit avec la *locatio operarum*. Il diffère du dépôt, en ce que ce dernier

(1) Comment III, § 153.
(2) Voy. L. 63 § 10, D., *Pro socio*.
(3) Comment. III, § 154.
(4) Inst., §§ 7 et 8 *De societ*.
(5) Inst., § 6 *De societ*.
(6) Inst., § 2 *De pœnâ temerè litig.* (IV, 16).

contrat se forme *re*, peut-être aussi en ce qu'on n'exige pas du dépositaire la même diligence qu'on exige du mandataire. Il diffère de la *locatio operarum* en ce que ce dernier contrat est un contrat à titre onéreux, intéressé de part et d'autre, tandis que le mandataire rend un service essentiellement gratuit.

La vente, le louage, la société engendrent immédiatement des obligations réciproques pour toutes les parties. Au contraire, le contrat de mandat produit toujours et immédiatement une obligation à la charge du mandataire; quant au mandant, s'il se trouve obligé, ce sera *ex accidenti*, *ex post facto*. Le mandataire est tenu de l'action *mandati directa;* l'action dont le mandant peut être tenu est appelée *mandati contraria*. Nous avons déjà vu que c'est par cette dernière action que le fidéjusseur, quand il a payé la dette, recourt ordinairement contre le débiteur principal.

Nous savons qu'en droit civil, et sauf ce qui concerne l'acquisition de la possession, le mandataire ne représente pas son mandant : le mandataire agit en son propre nom (1). Nous verrons plus tard que la règle générale ne s'appliquait pas relativement à un certain mandataire appelé *cognitor*.

Les rédacteurs des Institutes commencent par nous annoncer que le mandat peut être contracté de cinq manières, *quinque modis* (2). Étant posée la question de savoir dans l'intérêt de qui intervient le mandat, on reconnaît qu'à cet égard cinq combinaisons sont possibles. En effet, le contrat de mandat peut se former :

Dans l'intérêt seulement du mandant,

Dans l'intérêt à la fois du mandant et du mandataire,

Dans l'intérêt seulement d'un tiers,

Dans l'intérêt à la fois du mandant et d'un tiers,

Enfin dans l'intérêt à la fois du mandataire et d'un tiers.

Que si un mandat vous était donné uniquement dans votre intérêt, il serait nul, *supervacuum est mandatum*, en ce sens qu'il ne pourrait en résulter aucune obligation, aucune action *mandati* (3).

(1) Inst., § 5 *Per quas pers. nobis adquir.* (II, 9). Voy. aussi *suprà*, p. 212.

(2) Pr. *De mandato* (III, 26).

(3) Inst., pr. *in fine De mandato*.

Après avoir ainsi indiqué les cinq ou même les six combinaisons que l'on peut concevoir, les rédacteurs des Institutes reprennent successivement chacune pour donner quelques développements, quelques exemples. C'est l'objet des §§ 1-6 de notre Titre, lesquels, du reste, reproduisent presque littéralement un fragment de Gaius (1).

1° Le mandat intervient uniquement dans l'intérêt du mandant. Exemples : quelqu'un vous charge d'administrer ses affaires, ou de lui acheter un fonds, ou de cautionner sa dette.

2° Le mandat intervient dans l'intérêt du mandant et du mandataire. Exemples : Titius vous charge de prêter à intérêts une somme d'argent à un tiers qui la reçoit pour le compte du mandant, *in rem mandantis ;* ou bien, au moment où vous vous disposez à poursuivre Titius en qualité de fidéjusseur, il vous donne mandat de poursuivre le débiteur principal, à ses risques à lui Titius; ou bien enfin Titius vous donne mandat de stipuler, à ses risques, d'une personne qu'il vous délègue pour ce qu'il vous doit. Ces trois exemples, surtout les deux derniers, demandent à être étudiés très-attentivement.

Sempronius doit faire pour mon compte une certaine opération, pour laquelle il lui faudrait 100 sous d'or qui lui manquent; je vous donne mandat de lui prêter *sub usuris* les 100 sous d'or. Ce mandat est dans mon intérêt, puisqu'il tend à permettre à Sempronius de faire l'opération qui me concerne; il est aussi dans votre intérêt, puisqu'il aboutit à vous faire placer avantageusement votre argent. Si vous deviez prêter les 100 sous d'or *sine usuris*, le mandat serait uniquement dans mon intérêt, à moi mandant.

Sempronius étant votre débiteur, je l'ai cautionné *tanquàm fidejussor*. A l'échéance, vous n'êtes pas payé; et, comme vous avez des doutes sur la solvabilité de Sempronius, c'est moi que vous vous disposez à poursuivre : désireux de gagner du temps, je vous donne mandat de poursuivre Sempronius à mes risques et périls. On comprend bien que ce mandat est dans mon intérêt : il me permet d'échapper pour le moment à une poursuite et à la nécessité de vous payer le montant de la dette. Mais comment est-il

(1) La L. 2, D., *Mandati* (1, 17).

dans votre intérêt à vous qui le recevez? Si vous m'aviez poursuivi, le débiteur Sempronius eût été libéré par là même (1); et alors, si je m'étais trouvé hors d'état de payer toute la dette, vous auriez été en perte. Au contraire, poursuivant d'abord Sempronius *ex mandatu meo*, vous perdez bien le droit de me poursuivre ensuite comme fidéjusseur; mais, comme vous le poursuivez à mes risques et périls, si vous ne parvenez pas à obtenir de lui un paiement intégral, vous reviendrez contre moi par l'action *mandati contraria*. Vous avez donc bien plus de chances de toucher tout ce qui vous est dû, puisqu'il vous est permis de poursuivre successivement deux personnes. — Cet exemple se comprend très-bien quand nous nous plaçons à une époque où la poursuite dirigée contre le fidéjusseur libère le débiteur principal. Mais, dès le mois d'octobre 531, Justinien avait abrogé l'ancienne règle *Altero convento liberatur alter* (2): dès lors le mandat donné par le fidéjusseur au créancier n'a plus d'intérêt pour celui-ci. C'est donc par inadvertance que les rédacteurs des Institutes ont conservé l'exemple dont il s'agit; dans le fragment inséré au Digeste, il n'en est plus question, et cependant il est assez probable que Gaius l'avait mentionné (3). — Je rappelle que, d'après la Novelle IV, chap. 1er, le fidéjusseur actionné d'abord par le créancier peut invoquer le bénéfice d'ordre ou de discussion.

Je vous délègue Sempronius, c'est-à-dire que je vous donne mandat de stipuler de Sempronius, à cette fin qu'il devienne votre débiteur en mon lieu et place (4). On voit bien que ce mandat est dans mon intérêt: je me trouve libéré de la dette dont j'étais tenu envers vous. Il est également dans le vôtre, puisque, si le délégué Sempronius ne vous paie pas, vous pourrez vous retourner contre moi par l'action *mandati contraria*: vous avez donc deux débiteurs au lieu d'un. Mais, remarquons-le bien, pour que le délégant

(1) Voy., ci-dessus, p. 274.

(2) Ci-dessus, même p. 274.

(3) Voy. L. 2 § 4 *Mandati*. Du reste, l'exemple se retrouve dans un fragment de Paul, dans la L. 22 § 2 *Mandati*.

(4) Paul, dans la L. 11, D., *De novat*. (46, 2), donne une idée générale de la délégation. Nous y reviendrons sur le § 3, Inst., *Quib. mod. oblig. toll.* (III, 29). Déjà nous avons trouvé le mot *délégation* à propos des *nomina transcriptitia* (Gaius, III, § 130).

soit ainsi exposé à un recours du délégataire, il faut absolument qu'il ait donné le mandat à ses risques et périls. Paul, à cet égard, est très-explicite : *Quod mihi debebas, a debitore stipulatus sum periculo tuo : posse me agere tecum mandati in id quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum ad meam rem pertineat. Et meritò : tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cùm periculo debitoris ab eo stipulatur* (1).

3° Le mandat intervient uniquement dans l'intérêt d'un tiers. Exemples : je vous donne mandat de faire les affaires de Titius, ou d'acheter un fonds pour Titius, ou de cautionner Titius. — En principe, tant que les choses sont entières, tant qu'il y a simplement accord de volontés entre le mandant et le mandataire, celui-ci n'est pas obligé : car, si le mandant s'avisait de le poursuivre pour n'avoir pas fait ce qu'il l'avait chargé de faire, on ne voit pas quelle condamnation il pourrait obtenir contre lui. Comme le dit Ulpien, *mandati actio tunc competit cùm cœpit interesse ejus qui mandavit ; cæterùm, si nihil interest, cessat mandati actio* (2). Il est évident que, si moi-même je suis responsable envers le tiers, j'ai un intérêt appréciable à ce que le mandataire agisse : s'il n'agit pas, je pourrai le poursuivre et le faire condamner. Comme le dit encore Ulpien, *si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur* (3). — Du reste, un simple intérêt d'affection pourrait suffire, suivant les cas, pour fonder une action *mandati directa*. Papinien suppose qu'un esclave a donné mandat à Titius de l'acheter pour ensuite l'affranchir : Titius l'achète, mais ne l'affranchit pas. Le maître pourra d'abord, comme vendeur, poursuivre le paiement du prix. De plus, *affectùs ratione, mandati agetur : finge filium naturalem vel fratrem esse : placuit enim prudentioribus, affectùs rationem in bonæ fidei judiciis habendam* (4). Mais il ne m'est

(1) L. 45 § 7, D., *Mandati*. Comp. L. 22 § 2 *eod. Tit.*

(2) L. 8 § 6, D., *Mandati*.

(3) L. 8 § 3, D., *Mandati*. Voy. aussi Javolenus, L. 28, D., *De neg. gest.* (3, 5).

(4) L. 54 pr., D., *Mandati*. Voy., sur ce texte, M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, p. 49. Voy. aussi M. Pellat, *Textes sur la dot*, 2e édition, p. 388.

pas possible de faire de cela une règle générale, de dire : « Toutes les fois que je vous ai chargé de quelque chose dans l'intérêt d'un de mes amis, je puis, en raison seulement de mon amitié, vous poursuivre dès que vous tardez à faire ce qui a été convenu entre nous. »

4° Le mandat intervient dans l'intérêt du mandant et dans l'intérêt d'un tiers. Exemples : je vous charge de gérer des affaires communes entre Titius et moi, d'acheter un fonds pour Titius et pour moi, de cautionner Titius et moi.

5° Le mandat intervient dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers. Exemple : je vous donne mandat de prêter de l'argent à Titius *sub usuris*. Si je vous donnais mandat de lui prêter *sine usuris*, le mandat serait uniquement dans l'intérêt de Titius, dans l'intérêt d'un tiers. Du reste, dans un cas comme dans l'autre, en principe, il ne peut pas y avoir obligation tant que les choses sont encore entières. —Nous retrouverons bientôt cette hypothèse dans laquelle je suis *mandator pecuniæ credendæ*.

6° Enfin le mandat intervient uniquement dans l'intérêt du mandataire. Exemple : je vous engage à placer votre argent en achat d'immeubles plutôt que de le prêter, ou réciproquement. Il n'y a point là un mandat obligatoire, il n'y a qu'un conseil ; or personne ne s'oblige par le conseil qu'il donne, le conseil fût-il mauvais, parce que c'était à celui à qui il a été donné de voir s'il convenait de le suivre. Comme le dit très-bien Gaius, *quod tu tuâ gratiâ facturus sis, id ex tuâ sententiâ, non ex meo mandato, facere videberis* (1). — En donnant un conseil, jamais je ne m'oblige comme mandant ; du reste, si je l'avais donné méchamment, exprès pour nuire, je pourrais très-bien en être responsable. *Consilii non fraudulenti*, dit Ulpien, *nulla obligatio est* ; *cæterùm, si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit* (2).

Laissons de côté le cas de fraude. Si, sachant que vous avez de l'argent oisif, je vous engage à le placer à intérêts, je ne m'oblige point envers vous, je ne suis point responsable de la bonté de l'emploi. Mais en sera-t-il encore de même si je vous ai donné

(1) Comment. III, § 156 (au commencement).
(2) L. 47 pr., D., *De reg. jur.*

mandat de prêter à intérêts spécialement à Titius? On avait hésité sur ce point : *quæsitum est an mandati tenear*. Mais l'opinion qui a prévalu, c'est que je suis tenu. *Sed obtinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quàm si tibi mandatum esset* (1).

Les rédacteurs des Institutes ont déjà supposé, au § 5, que je vous donne mandat *ut Titio sub usuris credas;* ici, au § 6 *in fine*, ils supposent que je vous donne mandat *ut pecuniam Titio fæneres*. En écrivant ces deux textes, ils ne se sont point placés au même point de vue : dans l'un le mandat intervient dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, tandis que dans l'autre le mandant ne s'intéresse qu'au mandataire. Du reste, les deux cas sont régis par la même règle : il y a *intercessio* de la part du mandant, et ce mandant présente la plus grande analogie avec un fidéjusseur. Julien signale très-bien cette analogie : *Quicumque contractus tales sunt ut eorum nomine fidejussor obligari possit, et mandati obligationem consistere puto : neque enim multùm referre, præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet* (2). Cette analogie explique pourquoi et dans le Digeste et dans le Code il existe un Titre *De fidejussoribus et mandatoribus* (3). Ainsi que le fidéjusseur, avant Justinien le *mandator* n'avait point de bénéfice de discussion : il pouvait être poursuivi tout d'abord par le créancier, son mandataire : *qui mutuam pecuniam dari mandavit*, dit Papinien, *omisso reo promittendi et pignoribus non distractis, eligi potest* (4). De même, le bénéfice de division, accordé par Adrien aux fidéjusseurs, avait été promptement étendu aux *mandatores*, si même il ne leur avait pas été accordé en même temps qu'aux fidéjusseurs (5). — Cependant il faut bien se garder de croire que la position du *mandator* soit absolument identique à celle du fidéjusseur. Voici quatre différences notables :

(1) Inst., § 6 *in fine De mandato*.

(2) L. 32, D., *Mandati*.

(3) Dig., Liv. 46, Tit. 1er; Code, Liv. 8, Tit. 41. Voy. aussi la Novelle IV de Justinien.

(4) L. 56 pr., D., *Mandati*. Comp. la Novelle IV, chap. 1er.

(5) Papinien, L. 7, D., *De fidej. tutor.* (27, 7); Justinien, L. 3, C., *De const. pec.* (4, 18).

1° Le *mandator* est plus difficilement admis que le fidéjusseur à invoquer les bénéfices extraordinaires qui pourraient être accordés au débiteur principal. Ainsi, un mineur de vingt-cinq ans a emprunté de l'argent; il est restitué *in integrum* : que décider en ce qui concerne le fidéjusseur et le *mandator? Perpendendum erit Prætori*, dit Ulpien, *cui potiùs subveniat, utrùm creditori an fidejussori : nàm minor captus neutri tenebitur. Faciliùs in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire : hic enim velut adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur* (1).

2° Le débiteur et le fidéjusseur étant tenus de la même dette, la poursuite dirigée contre l'un libérait l'autre, par application de l'ancienne règle *Bis de eâdem re agi non potest*. Au contraire, l'obligation du *mandator* est parfaitement distincte de celle du *reus* : après qu'il y a eu *litis contestatio* avec l'un d'eux, l'obligation de l'autre n'en subsiste pas moins. Aussi Justinien, supprimant l'ancienne règle relative au fidéjusseur, dit-il que les choses se passeront désormais pour lui comme elles se passaient déjà autrefois pour le *mandator* (2).

3° En raison de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il est clair que le fidéjusseur poursuivi par le créancier ne peut plus, *lite semel contestatâ*, demander qu'on lui cède les actions contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs. Lors, au contraire, qu'il s'agit d'un *mandator*, il peut encore demander la cession d'actions après la *litis contestatio*, il peut la demander après le jugement qui le condamne, il peut même la demander après qu'il a désintéressé le créancier. Papinien le compare sous ce rapport au tuteur, responsable envers le pupille de ce qui peut être dû par des tiers à celui-ci : *Mandatore convento et damnato, quanquàm pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet ; sed et præstare debet creditor actiones mandatori adversùs debitorem, ut ei satisfiat. Et hùc pertinet tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparationem : nàm cùm tutor pupillo tenetur ob id quod debitorem ejus non convenit, neque judicio cum altero accepto liberatur alter ; nec, si damnatus tutor solverit, ea*

(1) L. 13 pr., D., *De minor.* (4, 4).
(2) L. 28, C., *De fidej.* (8, 41). Paul, dans la L. 71 pr., D., *De fidej.*, dit positivement : *Judicio convento principali debitore, mandator non liberatur.*

res proderit debitori ; quin etiam dici solet tutelæ contrariâ actione agendum ut ei pupillus adversùs debitores actionibus cedat (1). Modestin dit aussi que, si l'un de plusieurs *mandatores* a été poursuivi et condamné *in solidum*, lorsque le créancier intentera contre lui l'action *judicati*, ce *mandator* pourra exiger la cession des actions *adversùs eos qui idem mandaverunt* (2). — Seulement, il faut bien remarquer que, si l'un de plusieurs *mandatores* tenus *in solidum* avait payé la totalité de la dette spontanément et sans réserve, les autres *mandatores* seraient libérés : en conséquence, ce *mandator* pourrait bien encore exiger la cession des actions contre le *reus*, mais non contre les autres *mandatores* (3).

4° Le fidéjusseur à qui le créancier demande le paiement peut exiger que ce créancier lui cède les actions qu'il a encore ; mais, si le créancier s'est mis hors d'état de céder des actions qui pourraient être fort utiles au fidéjusseur, le fidéjusseur n'est point pour cela dispensé de payer. Au contraire, le mandat étant un contrat synallagmatique, le *mandator* poursuivi peut dire au créancier : « Vous avez dû garder soigneusement pour pouvoir me les céder toutes vos actions : si vous ne l'avez pas fait, vous avez manqué à votre obligation, et alors, de mon côté, je suis dispensé de remplir la mienne. » Papinien applique cette idée au cas où, par plus-pétition, le créancier aurait perdu son action contre le débiteur : *Si creditor a debitore culpâ suâ causâ ceciderit, propè est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cùm ipsius vitio acciderit ne mandatori possit actionibus cedere* (4).

— En parlant du *mandator*, nous avons toujours supposé un mandat intervenu *antequàm pecunia crederetur* (5). Ulpien fait, à cet égard, l'observation suivante : *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissimè Papi-*

(1) L. 95 § 10, D., *De solut.* (46, 3).

(2) L. 41 § 1, D., *De fidej.*

(3) Comp. Modestin, L. 76, D., *De solut.*

(4) L. 95 § 11, D., *De solut.* Voy., en ce qui concerne le fidéjusseur, la L. 15 § 1, D., *De fidej.*, les LL. 21 *in fine* et 22, D., *De pactis* (2, 14). — Chez nous, la caution est traitée, non comme le fidéjusseur, mais comme le *mandator* (C. Nap., art. 2037).

(5) Comp., ci-dessus, p. 278.

nianus ait. Planè, si, ut expectares nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi ut ei des intervallum periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere (1).

Il va de soi que le mandat n'est pas obligatoire lorsque le mandataire se charge de faire une chose illicite ou immorale (2). Vainement le mandant aurait-il ajouté la stipulation d'une peine: il n'en résulterait pour lui aucune action contre le mandataire (3).

Le mandat est également nul si le service à rendre au mandant ne doit être rendu qu'après la mort du mandataire. Pourquoi? *Quia generaliter placuit ab heredis personâ obligationem incipere non posse* (4): l'héritier du mandataire ne peut pas, en cette qualité, être grevé d'une dette qui n'aurait jamais pesé sur le mandataire lui-même. — Dites-en autant du cas inverse. Je vous charge de me rendre un certain service après ma mort: cela n'est pas obligatoire, parce que mon héritier comme tel ne peut pas avoir un droit que je n'aurais jamais eu moi-même. — Voilà deux décisions que nous ne trouvons point aux Institutes, parce que, comme nous le savons, Justinien avait changé les anciens principes à cet égard (5). Déjà anciennement on admettait que le mandat de faire une chose *post mortem mandantis* est valable toutes les fois que quelque droit peut naître au profit du mandant de son vivant (6).

Le mandataire doit accomplir exactement ce dont on l'a chargé: il ne doit pas aller au-delà. A ce sujet, nous trouvons dans les Institutes deux espèces, que Justinien a eu tort de confondre et de traiter de la même manière:

1re *espèce*. Je vous donne mandat de cautionner Titius jusqu'à concurrence de 100 sous d'or; vous le cautionnez jusqu'à concur-

(1) L. 12 § 14, D., *Mandati*.
(2) Gaius, III, § 157.
(3) Inst., § 7 *De mandato*.
(4) Gaius, III, § 158.
(5) Voy., ci-dessus, p. 238.
(6) Je trouve des applications de cette idée: 1° dans la L. 27 § 1, D., *Mandati*; 2° dans les LL. 12 § 17 et 13 *eod. Tit.*

rence de 150 sous d'or. Qu'est-ce à dire? Que pour 100 sous d'or vous avez accompli le mandat; que, pour les 50 autres, vous avez agi pour votre compte, à vos risques et périls. Vous aurez bien recours contre moi par l'action *mandati contraria* pour 100 sous d'or, non pour le surplus. En somme, ce que vous avez fait étant parfaitement divisible, pouvant se décomposer en deux opérations distinctes, il ne peut y avoir aucune difficulté sur cette 1re espèce: comme le dit Julien, *usquè ad eam summam in quam rogatus eras, fidem ejus spectâsse videris qui rogavit* (1).

2e *espèce*. Je vous donne mandat de m'acheter un fonds pour 100 sous d'or; vous l'achetez pour 150. Évidemment vous ne pouvez pas recourir contre moi pour 150; pouvez-vous au moins, en me laissant le fonds, exiger que je vous donne 100 sous d'or? Non: car autrement je serais à votre discrétion. Quand vous reconnaîtriez que l'affaire est bonne, même pour 150, vous la garderiez pour vous; lors au contraire que vous reconnaîtriez qu'elle est mauvaise, même pour 100, vous me forceriez à la prendre pour ce prix. Comme le dit Paul, le mandataire ici ne doit avoir aucune action, *etiamsi paratus esset id quod excedit remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi verò, si velit, mecum esse. Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nàm qui excessit, aliud quid facere videtur* (2). Cependant Justinien donne, sur cette 2e espèce, la même décision que sur la première. Après avoir dit que Sabinus et Cassius refusent toute action au mandataire, il ajoute: *Diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum aureos acturum existimant; quæ sententia sanè benignior est* (3). — On a quelquefois essayé de justifier la décision consacrée par Justinien, en disant qu'elle avait l'avantage de préserver le mandataire de l'infamie. Mais il faut bien remarquer que, même dans la doctrine des Sabiniens et de Paul, si le mandataire a fait tous ses efforts pour acheter la chose au prix qui lui avait été fixé, il n'est aucunement exposé à encourir l'infamie. — En somme, je

(1) L. 33, D., *Mandati*.
(2) L. 3 § 2 et L. 5 pr., D., *Mandati*. Voy. aussi Gaius, III, § 161.
(3) Inst., § 8 *De mandato*. Il est plus que probable que les commissaires de Justinien auront corrigé dans le même esprit le fragment de Gaius qui forme la L. 4, D., *Mandati*.

ne comprends la décision de Justinien que dans deux cas particuliers : 1° lorsque, d'après les circonstances, il est évident que le mandataire n'a pas pu avoir l'idée de faire sa propre affaire; 2° lorsqu'il établit qu'il avait de bonnes raisons de croire que le mandant ratifierait.

Le contrat de mandat est susceptible des différentes modalités qui peuvent être apposées, en général, aux contrats : *Mandatum*, dit Justinien, *et in diem differri et sub conditione fieri potest* (1). Dans le dernier état du droit, nous le savons, l'échéance du terme peut même être reportée *post mortem mandantis* ou *post mortem procuratoris*.

Comment finit le mandat, c'est-à-dire, soit le pouvoir, soit l'obligation d'agir, qui existe pour le mandataire? Nous allons retrouver ici à peu près les mêmes modes qui nous ont été indiqués en matière de société.

En principe, le mandat peut être révoqué au gré du mandant. Si la révocation intervient les choses étant encore entières, *dùm adhùc integra res sit*, le mandat s'évanouit, c'est comme s'il n'avait jamais été donné (2). — La faculté de révoquer le mandat comporte deux restrictions. D'abord la révocation ne peut jamais avoir effet au préjudice d'un tiers qui l'a ignorée : il faut évidemment appliquer ici *a simili* ce qu'on décide au cas de mort du mandant et au cas d'affranchissement de l'esclave *dispensator* (3). En second lieu, il est même possible qu'un tiers ait un droit acquis à ce que le pouvoir d'un certain mandataire ne lui soit pas retiré : c'est ce que nous avons vu pour l'*adjectus solutionis gratiâ* (4). Ces deux restrictions sont signalées par Ulpien : *Si quis mandaverit ut Titio solutum, deindè vetuerit eum accipere : si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor; sed si sciero, non liberabor. Alia causa est si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio : hic enim, etsi*

(1) Inst., § 12 *De mandato*.
(2) Gaius, III, § 159; Inst., § 9 *De mandato*.
(3) Inst. § 10 *De mandato*.
(4) Voy., ci-dessus, p. 217.

prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor, quia certam conditionem habuit stipulatio quam immutare non potest stipulator (1).

Le mandat finit encore soit par la mort du mandant, soit par la mort du mandataire. En effet, le mandat implique la confiance; or l'héritier du mandant peut n'avoir pas la même confiance qu'avait son auteur, tout comme l'héritier du mandataire peut ne pas inspirer au mandant la même confiance que lui inspirait son auteur. — Le mandataire qui accomplit le mandat après la mort du mandant, mais dans l'ignorance de cette mort, exercera un recours s'il y a lieu, comme si le mandant vivait encore : *alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum afferret* (2). Si c'est le mandataire qui est mort, on comprend que son héritier, accomplissant le mandat, ne pourrait pas invoquer ainsi une *justa ignorantia*.

Une fois que le contrat de mandat est conclu, le mandataire est lié. Il peut cependant signifier au mandant sa volonté de se retirer; et par cette *renunciatio* il se dégage pour l'avenir, à moins qu'elle ne soit intempestive. Il ne serait même pas responsable de l'inaccomplissement du mandat, quoique n'ayant fait aucune *renunciatio* ou quoiqu'ayant fait une *renunciatio* intempestive, *si justa causa intercessit aut non renunciandi aut intempestivè renunciandi* (3). On peut citer comme exemples de cette *justa causa* la maladie du mandataire, l'insolvabilité du mandant.

Tels services peuvent être l'objet d'un mandat et ne pourraient pas être l'objet d'un louage, *locari non solent :* tel serait l'affranchissement d'un esclave. D'autres peuvent être l'objet soit d'un mandat, soit d'un louage, et alors, pour savoir quel contrat est intervenu, il faut voir si le service est rendu gratuitement ou moyennant une *merces*. Ainsi, je remets une pièce de drap à un tailleur pour qu'il m'en fasse un habit : suivant les cas, il y aura là un mandat, ou une *locatio operarum*, ou enfin un contrat innomé pouvant donner lieu à l'action *præscriptis verbis* (4). — Le service n'étant pas de

(1) L. 12 §§ 2 et 3, D., *De solut.*

(2) Gaius, III, § 160; Inst., § 10 *De mandato.*

(3) Inst., § 11 *De mandato.*

(4) Les trois cas sont prévus dans la L. 22, D., *De præscr. verb.* (19, 5). Comp. Inst., § 13 *De mandato*, et § 1 *De locat. et conduct.* (III, 24).

ceux *quæ locari solent* et un mandat étant intervenu, on a pu convenir qu'un salaire serait fourni. Ce n'est point par l'action *mandati contraria* que le salaire pourra être réclamé, mais par une *cognitio extraordinaria* (1). C'est aussi de cette manière que peuvent être réclamés les honoraires des avocats, des médecins, des professeurs (2).

APPENDICE A LA THÉORIE DES CONTRATS.

DES PACTES.

Le pacte, j'ai déjà eu l'occasion de le dire (3), c'est, dans le sens le plus large du mot, tout accord de volontés tendant à produire un effet juridique : il en résulte que le contrat lui-même est une espèce de pacte. Mais, plus habituellement, le mot *pacte*, opposé au mot *contrat*, désigne l'accord de volontés qui, d'après l'ancien droit civil, ne produit pas une obligation munie d'une action propre.

Pour désigner ce que nous appelons un pacte ou une convention, les jurisconsultes romains emploient indifféremment, comme parfaitement synonymes, les trois expressions *pactum*, *conventio*, *pactum conventum*.

Nous devrons parler successivement des pactes isolés, qui valent par eux-mêmes, et des pactes qui se rattachent à une autre opération, *pacta adjecta*.

1° *Pactes isolés.*

Il y a des pactes qui, suivant l'expression d'Ulpien, *transeunt in proprium nomen contractûs* (4). Cela s'applique surtout aux quatre

(1) Sévère et Antonin, L. 1, C., *Mandati* (4, 35).
(2) Voy., au Digeste, le Titre *De extraordin. cognit.* (50, 13).
(3) Ci-dessus, p. 149 et 150.
(4) L. 7 § 1, D., *De pact.* (2, 14)

contrats consensuels; cela s'applique même, dans la pensée d'Ulpien, aux contrats qui ne se forment pas *solo consensu*, tels que le dépôt et le commodat.

Lorsque je vous donne une chose en convenant que vous, de votre côté, vous me donnerez une autre chose ou que vous me rendrez un certain service, le pacte intervenu dans ces circonstances est obligatoire pour vous, vous êtes tenu envers moi de l'action *præscriptis verbis*. C'est à cela qu'Ulpien fait allusion lorsqu'il dit : *Sed, etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* (1).

Nous savons déjà qu'on appelle *pacta legitima* certains pactes auxquels des Constitutions impériales avaient attaché une action (la *condictio ex lege*). Telle est, depuis les empereurs Théodose et Valentinien, la convention par laquelle une personne s'engage à fournir une dot : *Ad exactionem dotis quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsecuta*(2). Telle est encore, depuis Justinien, la convention de donner (3). — Nous savons aussi qu'on appelle *pacta prætoria* des pactes auxquels le Préteur avait attaché une action. Tel est le pacte de constitut, qui, du reste, suppose l'existence d'une obligation préalable (4). Dans le pacte d'hypothèque il y a quelque chose de plus : ce n'est pas seulement une obligation, c'est un droit réel, qui naît *solo consensu* ou *nudâ voluntate*, droit réel garanti par une action prétorienne.

En dehors des cas qui viennent d'être indiqués, et dans lesquels l'exécution du pacte est assurée par une action, le pacte isolé est un *nudum pactum*. Il ne produit aucune action, mais il peut servir de base à une exception (5). N'est-il pas susceptible de produire une obligation naturelle? C'est une question sur laquelle les interprètes ne sont pas d'accord et que nous examinerons plus tard.

(1) Même L. 7, § 2.

(2) L. 6, C., *De dotis promiss.* (5, 11).

(3) Inst., § 2 (2e alinéa) *De donat.* (II, 7). Comp. notre t. I, p. 569 et 570.

(4) Inst., §§ 8 et 9 *De action.* (IV, 6).

(5) *Juris gentium conventiones*, dit Ulpien, *quædam actiones pariunt, quædam exceptiones* : L. 7 pr., D., *De pactis*. Et, plus loin (§ 4) : *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

2° Pacta adjecta.

Un pacte peut être ajouté à une aliénation. *In traditionibus rerum*, dit un fragment du Digeste, *quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est* (1). Il est assez probable que Gaius, sous le nom de qui se trouve ce fragment, ne se bornait pas à parler de la tradition, mais qu'il mettait sur la même ligne la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. Il paraît même résulter d'un passage de Paul, inséré dans les *Fragments du Vatican* (§ 50), que la loi des douze Tables avait une disposition expresse pour confirmer les pactes ainsi ajoutés à la *mancipatio* et à l'*in jure cessio*.

Occupons-nous maintenant des pactes qui se rattachent à un contrat, à une obligation. Il faut distinguer avant tout si le pacte est intervenu *in continenti* ou *ex intervallo*.

I. Le pacte qui intervient *in continenti* peut être ajouté soit à un contrat de bonne foi, soit à un contrat de droit strict.

1° Pas de difficulté quand il s'agit d'un contrat de bonne foi. *Interdùm*, dit Ulpien, *pactio format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insunt... Ea pacta insunt quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractùs facta sunt* (2). Le pacte ainsi ajouté *in continenti* à un contrat de bonne foi fait, pour ainsi dire, partie intégrante de ce contrat: il donne sa forme à l'action résultant du contrat. Fùt-il dans l'intérêt du demandeur, l'exécution en est assurée au moyen de cette action, comme s'il s'agissait de l'exécution du contrat lui-même. Si, par exemple, il est convenu dans une vente que le vendeur ne donnera pas du tout de caution *ob evictionem*, ou bien, en sens inverse, qu'il promettra le quadruple du prix au lieu de promettre simplement le double, la convention a la même force dans le deuxième cas que dans le premier : l'acheteur emploiera, au besoin, l'action *empti* pour se faire donner la *cautio quadruplæ*. De

(1) L. 48 *De pactis.*
(2) L. 7 § 5, D., *De pactis.*

même, dans le dépôt, s'il est convenu qu'en telle circonstance le dépositaire devra des intérêts, s'il est convenu qu'il répondra non-seulement de son dol, mais même de sa faute légère : l'action *depositi directa* procurera l'exécution de ces différents pactes. De même, dans le cas de commodat, on peut convenir que l'emprunteur répondra même des cas fortuits. Enfin nous savons déjà que le pacte, eût-il pour objet la résolution même du contrat dans une hypothèse déterminée, c'est par l'action du contrat que pourra être demandée cette résolution (1).

2° Quand le pacte est ajouté *in continenti* à un contrat de droit strict, la question présente plus de difficulté. Prenons successivement le cas de la stipulation et le cas du *mutuum*.

Mævius vient de s'obliger *verbis* envers Titius ; à peine le contrat est-il formé, les deux parties tombent d'accord d'y apporter un certain changement, par exemple d'augmenter l'obligation du promettant. Cette convention est-elle efficace ? doit-elle être considérée comme faisant partie intégrante de la stipulation ? J'ai toujours cru et je crois encore que les jurisconsultes romains avaient fini par admettre l'affirmative, par appliquer à la stipulation le même principe qu'aux contrats de bonne foi. En ce sens, je tire d'abord argument d'une décision d'Ulpien qui nous est déjà connue. Ulpien suppose que la réponse ne concorde pas avec l'interrogation, que, par exemple, le promettant a mis une modalité là où le stipulant n'en avait mis aucune, ou *vice versâ* ; et il pose en principe qu'il n'y a rien de fait : *cùm adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem*. Mais il ajoute immédiatement cette restriction : *nisi stipulatori diversitas responsionis illicò placuerit : tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur* (2). Ainsi, lorsque, à la suite d'une stipulation manquée, il intervient sur-le-champ un pacte qui manifeste l'accord des parties et, par conséquent, leur intention de faire disparaître le vice de la stipulation, tout se passera effectivement comme s'il y avait eu une stipulation valable : les parties sont dispensées de la nécessité de procéder une deuxième fois à une interrogation et à

(1) Voy., ci-dessus, p. 312.
(2) L. 1 § 3, D., *De verbor. oblig.*, déjà citée, ci-dessus, p. 223.

une réponse. Si le pacte peut ainsi suppléer à une stipulation, comment ne pourrait-il pas modifier une stipulation valable, lorsque les parties, au même instant où elle vient d'être faite, tombent d'accord d'y changer quelque chose ? Si on veut bien leur épargner la peine de refaire la stipulation dans le cas précédent, je ne puis comprendre qu'on ne la leur épargne pas aussi dans le cas actuel.

Il y a plus. La question qui nous occupe est formellement tranchee dans une loi, sur laquelle, il est vrai, on a beaucoup discuté (1) : *Pacta in continenti facta,* dit Paul, *stipulationi inesse creduntur*. En présence de ce texte, que peuvent dire les personnes qui soutiennent la thèse contraire à la nôtre ? Elles disent que, dans l'espèce rapportée par Paul, le pacte avait pour but de diminuer et non d'augmenter l'obligation résultant de la stipulation, et que le texte dont il s'agit concerne uniquement les hypothèses de cet ordre (2). A cela plusieurs réponses. D'abord, qu'on lise attentivement la L. 40 : on y verra que Paul, après avoir rapporté le contenu de l'écrit qui donnait lieu à difficulté, prend comme point de départ de la discussion à laquelle il va se livrer cette maxime : *Pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*. Très-probablement il la cite telle qu'elle était formulée par les jurisconsultes qui l'avaient fait prévaloir : nous sommes donc autorisés à dire que cette maxime est générale, qu'elle peut être invoquée par le créancier tout aussi bien que par le débiteur. Maintenant, comme dans l'espèce, la convention était effectivement favorable au débiteur, naturellement le jurisconsulte ne fera usage de la maxime qu'en se plaçant à ce point de vue : il en tirera ce qu'on peut en tirer dans l'intérêt du débiteur ; mais en conclure que la maxime elle-même ne peut jamais être invoquée que par le débiteur, c'est procéder de la manière la plus arbitraire. — Je vais plus loin ; j'admets que Paul ait dit : « Le pacte ajouté immédiatement à une stipulation est réputé en faire partie, en ce sens que le débiteur à qui ce pacte est favorable n'a pas besoin d'une

(1) L. 40, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(2) Voy. notamment M. Vernet, *Textes choisis sur la matière des obligations*, p. 44 et suiv.

exception. » Paul n'eût-il pas dit autre chose, la logique nous forcerait à reconnaître que, si le pacte est favorable au créancier, le créancier peut agir en vertu de ce pacte. Voyez ce qu'on décide relativement aux pactes ajoutés aux contrats de bonne foi! Le pacte est-il ajouté *in continenti :* d'une part, on peut le faire valoir, comme demandeur, au moyen de l'action que produit le contrat; d'autre part, on peut le faire valoir, comme défendeur, sans le secours d'une exception : les deux choses vont de pair. Au contraire, le pacte est-il ajouté *ex intervallo :* d'une part, on n'aura pas d'action pour le faire valoir, et, d'autre part, si on peut le faire valoir comme moyen de défense, ce ne sera que *exceptionis ope* (1). Tout revient donc à ceci : Le pacte fait-il corps avec le contrat, ou bien au contraire le pacte reste-t-il en dehors du contrat? Dans le premier cas, action au profit du créancier, et libération *ipso jure* au profit du débiteur; dans le deuxième cas, point d'action pour le créancier ou libération *exceptionis ope* pour le débiteur. Il y a là deux conséquences qui s'appellent l'une l'autre, qui ne peuvent exister l'une sans l'autre. Dès qu'on me dit que le promettant n'a pas besoin d'une exception pour invoquer le pacte, je conclus par induction que le pacte *contractui inest ;* et, une fois admis que le pacte *contractui inest*, j'en conclus par déduction que le pacte sera exécutoire pour le créancier au moyen de l'action du contrat.

Paul exprime que, suivant certains jurisconsultes, le pacte dont il s'occupe donne seulement une exception : *quidam dicebant pactum id tantùm ad exceptionem prodesse* (2). On a cru que Paul, en parlant de ces jurisconsultes dissidents, devait songer surtout à Ulpien. Cela me paraît absolument invraisemblable. Ulpien, en général, est en avance, et non pas en retard, sur les jurisconsultes de son époque (3).

(1) L. 7 § 5 *De pactis*.

(2) Un peu plus loin il dit : *Si, ut ille putabat, ad exceptionem tantùm prodesset pactum...*

(3) M. Vernet, prenant comme axiome incontestable que Paul a voulu effectivement désigner Ulpien, se décerne à lui-même un facile triomphe : « On « voit qu'Ulpien nous dit ici que le pacte intervenu *in continenti ad minuendam* « *obligationem* ne produit son effet qu'*exceptionis ope*. Il devient, dès lors, bien

Voyons maintenant quel est l'effet du pacte ajouté *in continenti* à un *mutuum*. Si je vous remets 10 sous d'or en convenant que vous m'en rendrez 9, même *ipso jure* vous ne m'en devez que 9 : je vous ai prêté 9 et donné 1. Mais que décider dans le cas inverse, si je vous ai remis 10 sous d'or, en convenant que vous m'en rendrez 11? *Putat Proculus*, dit Ulpien, *amplius quàm decem condici non posse* (1). Suivant M. de Savigny, c'est là une décision spéciale au prêt d'argent : elle tient à ce que, dans la formule de l'action qui résulte de ce prêt, une somme fixe doit se retrouver indiquée et dans l'*intentio* et dans la *condemnatio* (2). Je crois qu'en s'attachant aux principes on arrive à traiter le prêt de denrées ou autres marchandises exactement comme le prêt d'une somme d'argent : en pure théorie, de ce que la *condemnatio* de la formule indique au juge une évaluation à faire, on ne peut pas conclure que le juge doive tenir compte des intérêts qui ont fait l'objet d'un simple pacte même ajouté *in continenti*. L'empereur Philippe apporte donc purement et simplement une dérogation aux principes lorsqu'il dit : *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti* (3).

En somme, on peut concevoir qu'une stipulation qui a été faite soit censée refaite conformément à un pacte intervenu *in continenti*; on ne comprend pas qu'un *mutuum*, réellement fait pour 10, soit, en vertu d'un pacte même intervenu *in ipso negotio*, réputé

« difficile d'admettre, comme le font nos adversaires, que dans la L. 1 § 3, D., « *De verbor. oblig.*, le même jurisconsulte ait voulu dire que le pacte *in continenti* intervenu *ad augendam obligationem* produisait l'action du contrat. « Les deux décisions d'Ulpien seraient contradictoires : le pacte *ad augendam* « *obligationem* ferait partie du contrat de stipulation, tandis que le pacte *ad* « *minuendam obligationem*, qui est vu plus favorablement, ne ferait pas partie « du contrat et ne produirait pas plus d'effet qu'un pacte *ex intervallo*. C'est « ainsi que la loi *Lecta* (L. 40 *De reb. cred.*), invoquée par nos adversaires, « peut servir à ruiner de fond en comble l'argument *a fortiori* qu'ils tirent de « la L. 1 § 3 *De verbor. oblig.* » — Je me rendrai à ce raisonnement dès que M. Vernet aura démontré que Paul a certainement voulu désigner Ulpien comme étant du nombre de ceux qui n'admettaient pas sa doctrine.

(1) L. 11 § 1, D., *De reb. cred.* Ci-dessus, p. 156.

(2) *System*, t. VI, § 268.

(3) L. 23, C., *De usuris* (4, 32).

fait pour 11 : la *datio* est un fait qui est ce qu'il est et non ce que le pacte veut qu'il soit.

II. En ce qui concerne le pacte qui intervient *ex intervallo*, il faut distinguer suivant qu'il se rattache à un contrat *stricti juris* (j'ajoute : ou formé *re*) ou à un contrat de bonne foi (plus exactement, à un contrat consensuel).

1° Le pacte rattaché *ex intervallo* à une stipulation, à un *mutuum*, à un commodat, etc., tend-il à augmenter l'obligation de l'une des parties : il ne sera point garanti par l'action du contrat. *Pacta ex intervallo non inerunt, nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur* (1). Ce pacte produira tout au plus une obligation naturelle.— Au contraire, le pacte intervenu *ex intervallo* tend-il à diminuer une obligation née du contrat : il produira son effet, au moyen d'une exception. *Ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta quæ posteà interponuntur parere exceptiones* (2).

2° Quant au pacte rattaché *ex intervallo* à un contrat consensuel, il faut d'abord voir s'il est intervenu *circà adminicula* ou bien *circà substantialia*, c'est-à-dire s'il a trait à quelque chose d'accidentel ou bien au contraire à un élément essentiel du contrat. S'il est intervenu *circà adminicula*, par exemple dans le but d'abréger ou de proroger un délai, nous ferons ici la même distinction que nous venons de faire en supposant un contrat *stricti juris* ou formé *re* : point d'action si le pacte aggrave une dette, mais dans le cas contraire possibilité d'employer une exception. Que si le pacte est intervenu *circà substantialia*, il aura toute efficacité, parce qu'il est considéré comme ayant renouvelé le contrat. Cette théorie ressort notamment d'un fragment de Papinien, complété par Paul, dont voici d'abord le texte :

Pacta conventa quæ, posteà facta, detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur ; quæ verò adjiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his quæ adminicula sunt emptionis, veluti NE CAUTIO DUPLÆ PRÆSTETUR, *aut* UT CUM FIDEJUSSORE CAUTIO DUPLÆ PRÆSTETUR. *Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem*

(1) Ulpien, L. 7 § 5, D., *De pactis*.
(2) Même L. 7 § 5, *in fine*.

vires habebit jure exceptionis, agente venditore. An idem dici possit, aucto posteà vel diminuto pretio, non immeritò quæsitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat : Si, omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursùm convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur (1).

Quelques explications sont indispensables. Papinien suppose d'abord qu'un contrat de vente ayant eu lieu, il est convenu après coup que le vendeur n'aura pas à fournir la *cautio duplæ* : ce pacte ne touchant pas à un élément essentiel de la vente, le vendeur est dispensé *exceptionis ope*, et non *ipso jure*, de l'obligation de fournir la *cautio*. De même, en sens inverse, il est convenu que le vendeur devra fournir la *cautio duplæ*, non par voie de *nuda repromissio*, mais avec *satisdatio* : l'acheteur ne pourrait pas employer l'action *empti* pour obtenir ce qui a été convenu ; mais, si, avant de l'avoir fourni, le vendeur intente l'action *venditi*, l'acheteur, qui est sur la défensive, pourra, au moyen d'une exception, se refuser à exécuter ses obligations en raison de ce que le vendeur méconnaît le pacte. — Le jurisconsulte suppose ensuite que le pacte est intervenu *circà substantialia*. Ainsi les parties conviennent d'un prix plus fort ou plus faible que celui qui avait d'abord été fixé : le prix étant un élément essentiel du contrat, on ne peut y toucher sans refaire la vente. Nous avons donc ici une nouvelle vente, faite moyennant le prix convenu *ex intervallo* : en conséquence, le prix eût-il été augmenté par le pacte, le vendeur a même la voie d'action pour obtenir le nouveau prix.

Ulpien se réfère évidemment à cette doctrine lorsqu'il dit : *Responsum scio a Papiniano, si post emptionem ex intervallo aliquid extrà naturam contractûs convenit, ob hanc causam agi ex empto non posse...* (2).

(1) L. 72, D., *De contrah. empt.* (18, 1).
(2) L. 7 § 5, D., *De pactis.*

DE L'INTÉRÊT CONVENTIONNEL.

En général, celui qui emprunte une somme d'argent ne doit des intérêts qu'autant qu'il les a promis par une stipulation ajoutée au *mutuum*. Quant à celui qui devient débiteur d'une somme en vertu d'un contrat de bonne foi, un simple pacte peut suffire pour le soumettre au paiement des intérêts.

Y avait-il chez les Romains un taux *maximum* de l'intérêt conventionnel? Oui, du moins à partir de la loi des douze Tables. *Primò,* dit Tacite, XII *Tabulis sanctum ne quis unciario fœnore ampliùs exerceret, cùm anteà ex libidine locupletium agitaretur* (1). Mais qu'est-ce précisément que cet *unciarium fœnus?* Trois explications principales ont été présentées à cet égard, et je vais les indiquer rapidement :

1° « Au XVI° siècle, dit M. Giraud, l'opinion générale des jurisconsultes, tels que Cujas, et des archéologues, tels que Paul Manuce, était que l'*unciarium fœnus* équivalait à 12 p. 100 par an » (2). C'est également l'opinion de Sigonius. Le reproche le plus grave qu'on puisse faire à cette doctrine, c'est qu'on n'aperçoit pas bien le rapport entre la chose et l'expression qui sert à la désigner. *Uncia,* c'est le douzième de l'unité : comment le 12 p. 100 par an peut-il être considéré comme étant un douzième? un douzième de quoi ?

2° Suivant Saumaise, Dumoulin et Pothier, l'*unciarium fœnus* désignerait le 1 p. 100 par an. Cette explication donne lieu à la même objection que la précédente. Ajoutez qu'il est difficile de croire qu'un intérêt de 1 p. 100 par an eût excité de fréquentes émeutes de la part des plébéiens (3).

3° Enfin, suivant Niebuhr, l'*unciarium fœnus*, c'est le denier 12. L'intérêt pour un an est 1/12 du capital, ou, ce qui revient au même, l'intérêt est de 8 1/3 p. 100 par an.— Niebuhr ajoute qu'il s'agit encore de l'année de dix mois, de sorte que pour une année

(1) *Annales*, VI, 16.
(2) Des *nexi*, p. 12.
(3) *Sanè vetus Urbi fœnebre malum, et seditionum discordiarumque creberrima causa* (Tacite, *loc. cit.*).

de douze mois l'intérêt aurait été véritablement de 10 p. 100 par an. Mais il paraît plus que probable qu'assez longtemps avant la loi décemvirale l'année de douze mois avait remplacé l'ancienne année cyclique de dix mois (1). — En somme, j'incline à croire que l'*unciarium fœnus* désigne effectivement le denier 12 (2).

Il paraît qu'en l'année 414 de la fondation de Rome un plébiscite, connu sous le nom de *lex Genucia*, défendit absolument le prêt à intérêt (3).

Du temps de Cicéron, des Édits provinciaux avaient établi comme taux maximum l'intérêt à 1 p. 100 par mois ou 12 p. 100 par an : c'est ce qu'on appelle l'*usura centesima* (4). Du temps des jurisconsultes et jusqu'à Justinien, cette *usura centesima*, qui se payait aux kalendes de chaque mois, était le taux *maximum* de l'intérêt. Les jurisconsultes l'appellent quelquefois *usura legitima*. On pourrait être tenté, en conséquence, de la faire remonter à la loi des douze Tables et de la confondre avec l'*unciarium fœnus*; mais, si l'adjectif *legitimus* s'applique par excellence aux choses réglées par les Décemvirs, on le trouve également appliqué à des institutions établies par des lois postérieures ou même par des Sénatusconsultes, et tel est sans doute le cas de l'*usura centesima*.

Justinien abaissa le taux *maximum* de l'intérêt. Une Constitution de cet empereur le fixa diversement suivant la qualité du créancier; mais la règle générale est que l'intérêt conventionnel ne peut pas dépasser 6 p. 100 par an (5).

(1) Voy., dans l'*Histoire du droit romain* de M. Walter, le chapitre intitulé *Von dem Kalender* (t. I, chap. XIX). — Tite-Live dit, en parlant de Numa : *Omnium primùm, ad cursum lunæ, in duodecim menses describit annum* (I, 19).

(2) C'est aussi l'opinion que défend M. Giraud, dans sa monographie, déjà citée, sur les *nexi*.

(3) Tite-Live, VII, 42. Comp. Tacite, *loc. cit.*

(4) Cicéron, *Ad Atticum*, V, 21.

(5) L. 26 § 1, C., *De usuris* (4, 32).

II. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT *QUASI EX CONTRACTU*.

Il y a des obligations qui, à proprement parler, ne naissent pas d'un contrat, mais qui, ne naissant pourtant pas d'un fait illicite, *quasi ex contractu nasci videntur* (1).

En droit français, on appelle *quasi-contrat* un fait volontaire et licite duquel il résulte une ou plusieurs obligations (2). En droit romain, on peut très-bien dire qu'une obligation naît *quasi ex contractu* lors même qu'il n'existe aucun fait volontaire auquel on puisse rattacher la naissance de l'obligation. Par exemple, un homme est appelé à une tutelle légitime, et il n'a aucune cause d'excuse à présenter : *quasi ex contractu teneri videtur*. De même, un homme est appelé à une succession en qualité d'héritier nécessaire : il est tenu *quasi ex contractu* envers les légataires. En un mot, les Romains comprennent sous le nom d'*obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur* ce que nous appelons chez nous (C. Nap., art. 1370) : 1° des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, 2° des engagements qui résultent de quasi-contrats.

Les Institutes indiquent cinq cas distincts dans lesquels une obligation naît *quasi ex contractu*. En les étudiant successivement, nous allons voir que dans chacun d'eux l'obligation a une analogie plus ou moins grande avec l'obligation qui résulte d'un certain contrat. Ainsi, en parlant de telle obligation, on ne dira pas seulement qu'elle est née *quasi ex contractu*, on dira qu'elle est née *quasi ex mutui datione*, etc.

1° *Gestion d'affaires.*

Lorsque pendant l'absence d'une personne je fais acte d'administration de ses affaires sans qu'elle m'en ait chargé, cela peut

(1) Inst., pr. *De oblig. quasi ex contr.* (III, 27). Comp., ci-dessus, p. 149.
(2) Voy. l'art. 1371 du Code Napoléon.

donner naissance à des obligations réciproques entre elle et moi. Cette personne a contre moi l'action *negotiorum gestorum directa* pour me faire rendre compte de ma gestion ; moi, j'ai contre elle l'action *negotiorum gestorum contraria* pour qu'elle me tienne indemne des dépenses que j'ai pu faire dans son intérêt (1).

Les obligations qui naissent ainsi de la gestion d'affaires ressemblent beaucoup à celles qui naissent du mandat (2). Toutefois je signale immédiatement une différence, qui est, du reste, dans la nature des choses. Le mandataire peut recourir contre le mandant toutes les fois qu'il lui en a coûté quelque chose pour accomplir ce dont il était chargé, lors même qu'en réalité cela n'était point utile au mandant. Au contraire le *negotiorum gestor* n'a de recours qu'autant que ce qu'il a fait était un acte de bonne administration : comme le dit Justinien, *is qui utiliter gessit negotia habet obligatum dominum negotiorum*. Ce recours a été accordé au *negotiorum gestor* en vue de l'intérêt général, *ne absentium qui, subitâ festinatione coacti, nulli demandatâ negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negotia*. Cela explique que le recours existe au profit du *negotiorum gestor* par cela seul que *utiliter gessit ab initio*, lors même qu'en définitive le *dominus* n'aurait pas profité de la gestion. *Qui negotiorum gestorum agit*, dit Ulpien, *non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, actione istâ utitur ; sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideò, si insulam fulsit vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. Idque et Labeo probat... Ego quæro, quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamiliâs non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem : ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse cœptum* (3).

Si le *dominus* est obligé, ce n'est point par sa volonté, c'est uniquement parce que son affaire a été bien gérée : *ii quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligantur*. En conséquence, l'acte de gestion s'appliquât-il aux affaires d'un fou, aux affaires d'une

(1) Inst., § 1 (au commencement) *De oblig. quasi ex contr.*
(2) Voy. notamment Gaius, L. 5 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) L. 10 § 1, D., *De negot. gest.* (3, 5).



hérédité jacente, le *gestor* n'en aura pas moins son recours (1). — Mais que décider si un tiers s'est avisé de gérer les affaires d'un pupille? D'abord, si le tiers a eu en vue l'intérêt du tuteur, s'il a voulu écarter du tuteur la responsabilité encourue par la négligence dont il se rendait coupable dans son administration, il pourra parfaitement recourir contre ce tuteur : *Si pupilli tui*, dit Julien, *negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelæ judicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum* (2). En ce qui concerne le pupille, il est de principe qu'un tiers, par un acte de sa volonté, ne peut pas l'obliger envers lui sans l'autorisation du tuteur. Que le *gestor* ait eu en vue l'intérêt du tuteur ou qu'il ait eu en vue l'intérêt du pupille, dans un cas comme dans l'autre il ne peut recourir contre le pupille que dans les limites de l'enrichissement qu'il lui a effectivement procuré. Ainsi Julien, dans le texte qui vient d'être cité, après avoir dit que le *gestor* peut actionner le tuteur, ajoute : *Sed et pupillum, modò si locupletior fuerit factus*. Et Paul est plus explicite, lorsqu'il dit : *Litis contestatæ tempore quæri solet an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex eâ re factus cujus patitur actionem* (3).

Que décider au sujet de l'homme qui gère les affaires d'autrui *invito domino?* Nous avons déjà examiné la question à propos du fidéjusseur (4). Certains jurisconsultes étaient d'avis de donner à ce *gestor* une action utile; Justinien estime qu'il y a lieu de lui refuser toute espèce de recours.

Il est possible qu'un tiers s'immisce dans la gestion de mes affaires, non pour me rendre service, mais dans l'intention de s'enrichir à mes dépens. En cas pareil, peut-il être question des actions *negotiorum gestorum?* Les jurisconsultes romains admettent l'affirmative, mais avec une restriction raisonnable : *Si quis negotia mea gessit*, dit Julien, *non mei contemplatione, sed sui lucri causâ, Labeo scripsit suum eum potiùs quàm meum negotium gessisse : qui enim deprædandi causâ accedit, suo lucro, non meo com-*

(1) Ulpien, L. 3 § 5, et Paul, L. 21 § 1, D., *De negot. gest.*
(2) L. 6 pr., D., *De negot. gest.*
(3) L. 37 pr., D., *De negot. gest.*
(4) Ci-dessus, p. 281.

modo studet. Sed nihilominùs, imò magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circà res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contrà me actionem (1).

Il se trouve que, croyant faire ma propre affaire, j'ai fait la vôtre : les actions *negotiorum gestorum* peuvent-elles prendre naissance entre nous? Un ancien jurisconsulte, Africain, paraît les admettre, au moins comme actions utiles : *Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emptor vendiderit, eaque in rerum naturâ esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet si negotium, quod tuum esse existimans cùm esset meum, gessisses. Sicut, ex contrario, in me tibi daretur si, cùm hereditatem quæ ad me pertinet tuam putans, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem eâ solutione liberarer* (2). On a proposé différentes explications de cette Loi; à mon sens, l'idée d'Africain est bien que je puis avoir l'action *negotiorum gestorum contraria* contre celui dont j'ai fait l'affaire, lors même qu'en la faisant je ne pensais pas obliger quelqu'un envers moi (3). Mais c'est l'idée contraire qui, en définitive, avait prévalu parmi les jurisconsultes romains : comme le dit Paul, *hoc casu ubi quasi in rem meam impendo, tantùm retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui* (4). — Si maintenant, croyant faire l'affaire de Titius, j'ai fait en réalité celle de Mævius, comme j'ai bien eu l'intention d'obliger quelqu'un envers moi, je pourrai recourir contre Mævius par l'action *negotiorum gestorum contraria* utile. C'est ce que dit encore le jurisconsulte Paul : *Cùm puto rem Titii esse quæ sit Mævii..., id ago ut alium mihi obligem, et negotiorum gestorum actio datur adversùs eum cujus negotia curavi cùm putarem alterius ea esse* (5).

Le *dominus* dont l'affaire a été gérée peut ratifier les actes du

(1) L. 6 § 3, D., *De negot. gest.*

(2) L. 49, D., *De negot. gest.*

(3) Voy., pour plus de développements, mon traité *Des obligations solidaires en droit romain* (p. 230, note 2, et p. 231, note 1).

(4) L. 14 § 1, D., *Communi divid.* (10, 3). Comp. Julien, L. 33, D., *De condict. indeb.* (12, 6), et Paul, L. 14, D., *De doli mali et met. exc.* (44, 4).

(5) Même L. 14 § 1, D., *Communi divid.* Voy. aussi Ulpien, L. 5 § 1 et L. 45 § 2, D., *De negot. gest.*

gestor : quel est précisément l'effet de cette ratification? A cet égard, on peut croire que les jurisconsultes romains n'étaient point d'accord. Ulpien semble admettre que la ratification équivaut à un mandat : *Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur ; sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione* (1). De son côté, Pomponius disait : « Une fois que j'ai ratifié ce que vous avez fait, quoique vous ayez mal géré, vous n'êtes plus tenu de l'action *negotiorum gestorum*, pourvu qu'il n'y ait pas de dol de votre part ». Au contraire Scævola est d'avis que malgré la ratification il y a lieu à l'action *negotiorum gestorum* : suivant lui, le *dominus* ayant ratifié, vous n'avez plus à craindre qu'on vous reproche de n'avoir pas géré *utiliter* ; mais il a toujours l'action *negotiorum gestorum* pour vous faire rendre ce que vous avez touché de ses débiteurs, comme vous l'avez vous-même pour vous faire tenir compte de vos déboursés : *nam utique mandatum non est* (2). — En somme, je crois qu'on peut concilier comme il suit la décision d'Ulpien et celle de Scævola : La ratification émane du *dominus*, elle ne peut donc avoir effet que contre lui et non contre le *gestor* : en conséquence, celui-ci ne peut être poursuivi que par l'action *negotiorum gestorum* ; mais, de son côté, il peut employer à son choix ou l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum* (3).

2° *Tutelle et curatelle.*

Si le tuteur est tenu d'administrer les affaires du pupille et de rendre compte de son administration, ce n'est certainement pas en vertu d'un contrat : *nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*. Comme ce n'est pas non plus à raison d'un fait illicite, *quasi ex contractu teneri videtur*. Ici encore les choses se passent à peu près comme s'il y avait eu contrat de mandat. De même que le tuteur est tenu de l'action *tutelæ directa* s'il a mal administré ou s'il ne veut pas rendre son compte, de même il peut

(1) L. 60, D., *De reg. jur.*
(2) L. 9, D., *De negot. gest.*
(3) Voy., en ce sens, M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 664, p. 524 et suiv.

avoir l'action *tutelæ contraria*, s'il a déboursé quelque chose dans l'intérêt du pupille, s'il s'est obligé ou s'il a engagé sa chose envers les créanciers du pupille (1).

Il est de principe que l'action de tutelle, soit *directa*, soit *contraria*, ne peut être intentée qu'à la fin de la tutelle : *nisi finita tutela sit*, dit Paul, *tutelæ agi non potest* (2). Cela s'explique par la durée nécessairement restreinte de la tutelle.

L'action *tutelæ contraria* a été admise par dérogation au principe général suivant lequel un pupille ne peut pas s'obliger sans l'autorisation de son tuteur. *Contrariam tutelæ actionem*, dit Ulpien, *Prætor proposuit, induxitque in usum, ut faciliùs tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex suâ administratione. Quamquàm enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores ut promptiùs de suo aliquid pro pupillis impendant, dùm sciunt se recepturos id quod impenderint* (3).

— En cas de curatelle, il n'y a point d'actions particulières : on emploie les actions *negotiorum gestorum* utiles.

A quel moment le curateur peut-il être actionné? A cet égard, une distinction doit être faite :

S'agit-il du curateur d'un fou : comme la curatelle peut se prolonger pendant un temps indéfini, on admet que l'action peut être intentée même dans le cours de la gestion. *Cum furiosi curatore*, dit Paul, *non tutelæ, sed negotiorum gestorum actio est. Quæ competit etiam dùm negotia gerit : quia non idem in hâc actione quod in tutelæ actione, dùm impubes est is cujus tutela geritur, constitutum est* (4).

S'agit-il, au contraire, du curateur d'un mineur de vingt-cinq ans : ici, comme en matière de tutelle, on sait d'avance que les fonctions du comptable finiront au plus tard à une certaine épo-

(1) Inst., § 2 *De oblig. quasi ex contr.*.
(2) L. 4 pr., D., *De tutelæ et ration.* (27, 3). Voy. aussi Inst., § 7 *De atil. tut.* (I, 20).
(3) L. 1 pr., D., *De contrariâ tutelæ* (27, 4).
(4) L. 4 § 3, D., *De tutelæ et ration.* (27, 3).



que : il n'y a donc pas d'inconvénient à dire que l'action *negotiorum gestorum* ne sera exercée qu'à la fin de la curatelle. C'est aussi ce que disent expressément deux Constitutions, l'une des empereurs Sévère et Antonin, l'autre de l'empereur Philippe (1). — Du reste, le curateur peut être tenu d'une action *ex stipulatu*, s'il a fourni la *cautio rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, et par cette action il est exposé à être poursuivi même pendant la curatelle. *Si cum tutore ex stipulatu agatur*, dit Ulpien, *erit dubitatio an, quia tutelæ agi non potest, nec ex stipulatu agi possit. Et plerique putant, etiam hunc actionem, propter eamdem utilitatem, differendam. Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, etsi usque adhùc cura perseveret* (2). Pour expliquer cette décision, on peut dire que, dès l'instant où les intérêts du mineur de vingt-cinq ans se trouvent compromis, la stipulation est *commise*, et que, de plus, il n'y a pas ici les mêmes motifs qu'en matière de tutelle pour différer l'exercice de l'action *ex stipulatu*.

3° *Indivision.*

Lorsque plusieurs personnes sont co-propriétaires par indivis d'une chose ou d'une masse de biens, soit parce qu'une même chose leur a été donnée ou léguée, soit parce qu'elles sont appelées ensemble à une même hérédité, l'état d'indivision où elles se trouvent peut donner lieu à des obligations dont elles seront tenues l'une envers l'autre. Par exemple, une seule d'entre elles a perçu tous les fruits de la chose ou de l'hérédité commune; une seule d'entre elles a fait, relativement à cette chose ou à cette hérédité, des dépenses nécessaires. Celui qui a seul perçu les fruits doit en tenir compte aux autres; celui qui seul a fait des dépenses nécessaires peut s'en faire indemniser par les autres. Les obligations dont il s'agit sont garanties par l'action *communi dividundo*, s'il s'agit d'une chose particulière, et par l'action *familiæ erciscundæ*, s'il s'agit d'une hérédité (3).

(1) L. 2 et L. 14, C., *De administr. tut.* (5, 37).

(2) L. 16, D., *De tutelæ et ration.* Comp. L. 4 § 4, D., *Rem pup. vel adol.* (46, 6).

(3) Inst., §§ 3 et 4 *De oblig. quasi ex contr.* Comp. Gaius, L. 34, D., *Pro socio* (17, 2).

Nous supposons une indivision qui s'est formée *sine societate*, sans qu'il soit intervenu entre les parties un contrat de société : c'est seulement dans ce cas qu'on peut dire qu'elles sont obligées l'une envers l'autre *quasi ex contractu*. Il est à remarquer, du reste, que le mot *socius* est employé dans les textes du droit romain pour désigner, non pas seulement un associé, mais un copropriétaire quelconque. — Au surplus, les obligations qui peuvent se former ainsi entre communistes non associés ressemblent beaucoup à celles qui naissent du contrat de société. Remarquons seulement cette différence, signalée par Ulpien : un pupille non autorisé par son tuteur ne peut être tenu comme associé, il peut être très-bien tenu en qualité de communiste : *societate sine tutoris auctoritate coitâ, pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur* (1). Cette idée que le pupille peut ainsi se trouver obligé *quasi ex contractu* sans l'autorisation de son tuteur est également exprimée par Paul : *Furiosus et pupillus*, dit Paul, *ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit : nàm judicio communi dividundo obligabuntur* (2). Mais je n'irais pas jusqu'à dire qu'un pupille non autorisé sera tenu de l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ* toutes les fois qu'un pubère en serait tenu.

Les Institutes supposent que ce sont des dépenses nécessaires, c'est-à-dire sans lesquelles la chose eût péri, qui ont été faites par l'un des communistes. Mais, en principe, le communiste même qui aurait fait des dépenses simplement utiles pourrait exercer un recours. Les textes parlent toujours de dépenses, en général. J'excepte seulement le cas où des dépenses ont été faites sur une chose dotale sujette à rapport (3) : *cùm dos confertur*, dit Ulpien, *impensarum necessariarum fit detractio*, *cæterarum non* (4). C'est là évidemment un cas tout particulier : la décision ne doit pas être généralisée et appliquée à l'état ordinaire d'indivision. — A ce

(1) Voy. LL. 31-33, D., *Pro socio*.

(2) L. 46, D., *De oblig. et action.* (44, 7). Voy. aussi L. 29 pr., D., *Communi divid.* (10, 3).

(3) Voy., ci-dessus, p. 19 et 20.

(4) L. 1 § 5 D., *De dotis collat.* (37,7).

principe que même les dépenses utiles peuvent donner lieu à un recours de la part du communiste qui les a faites, on pourrait opposer un fragment de Modestin où nous voyons refuser toute action à un communiste qui avait élevé des constructions sur les biens indivis. Mais cette décision est motivée sur des circonstances de fait que signale le jurisconsulte : 1° il s'agissait de dépenses purement voluptuaires, et 2° l'autre co-propriétaire était encore *minor annis* (1).

Lorsqu'une dépense nécessaire ou utile a été faite par l'un des communistes, ce n'est pas toujours par l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ* qu'il devra exercer son recours. Il y a ici une distinction fort remarquable. L'acte émané du communiste ne pouvait-il être fait que pour le tout, non pour partie : l'indemnité qui peut être due à raison de cet acte sera réclamée par l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*. Tel est le cas où l'un des communistes a fait réparer un des gros murs de la maison qui menaçait de tomber. Au contraire, l'acte en question pouvait-il très-bien être fait seulement pour la part de celui qui l'a fait ; alors, en le faisant pour le tout, il ne s'est pas conformé à une nécessité résultant de l'indivision, il a voulu rendre service à son co-propriétaire : c'est au moyen de l'action *negotiorum gestorum* qu'il exercera son recours. Tel est le cas où, *communium ædium nomine*, il a donné *in solidum* et non pas *pro parte suâ* la *cautio damni infecti* (2).

4° *Dispositions testamentaires.*

L'héritier institué doit exécuter les dispositions contenues dans le testament. Évidemment il n'est pas obligé *ex contractu : neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest.* Comme l'héritier n'est pas obligé non plus à raison d'un acte illicite, on dit qu'il est tenu *quasi ex contractu* (3).

(1) L. 27 pr., D., *De negot. gest.*

(2) Paul, L. 25 § 15, D., *Famil. ercisc.* (10, 2); Ulpien, L. 6 §§ 2 et 7, D., *Communi divid.* (10,3).

(3) Inst., § 5 *De oblig. quasi ex contr.*

C'est dans le cas du legs *per damnationem* et dans le cas du legs *sinendi modo* que l'héritier se trouve ainsi tenu d'une véritable obligation envers le légataire. De plus, lorsque le legs fait *per vindicationem* ne peut pas valoir comme tel, aux termes du Sénatusconsulte Néronien l'héritier sera tenu comme il le serait en vertu d'un legs *per damnationem* (1).

On peut se demander si, en vertu d'un legs *per vindicationem* valable comme tel, le légataire a seulement le droit de revendiquer la chose léguée, ou si au contraire même dans ce cas il ne lui est pas permis de se présenter comme créancier de l'héritier. Il paraît que, par une sorte d'extension de la règle du Sénatusconsulte Néronien, cette dernière idée avait prévalu parmi les jurisconsultes. *Si is cui legatum fuerat*, dit Julien, *antequàm constitueret quâ actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis : legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt. Quarè, quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest*... (2).

C'est seulement envers les légataires que l'héritier est obligé *quasi ex contractu*. Envers les créanciers héréditaires, il continue la personne du défunt : la même obligation qui est née *ex contractu* ou *quasi ex contractu* à la charge du défunt se trouve transmise passivement à l'héritier.

5° *Paiement de l'indu.*

Lorsque par erreur je remets entre les mains de Titius, à titre de paiement, ce que je ne lui dois pas, Titius est tenu de me rendre ce qu'il a ainsi reçu. Évidemment, ce n'est point par suite d'un contrat qu'il est tenu. A parler exactement, *magis ex distractu quàm ex contractu potest dici obligatus esse : nàm qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potiùs negotium quàm contrahat*. Comme il n'est point tenu par suite d'un acte illicite (à moins qu'il n'y ait eu mauvaise foi de sa part), on dit qu'il est tenu *quasi ex contractu* (3).

(1) Voy. notre t. I, p. 725.
(2) Julien, L. 84 § 13, D., *De leg.* 1°. Voy. aussi Paul, L. 85 *ibid.*; et Papinien, L. 76 § 8, D., *De leg.* 2°.
(3) Inst., § 6 *De oblig. quasi ex contr.*

Le texte des Institutes ne se borne pas à dire que celui qui a reçu *indebitum* est obligé comme s'il y avait eu contrat; le texte dit qu'il est obligé comme s'il y avait eu *mutuum*. Cette comparaison est surtout parfaitement exacte quand il s'agit d'une somme d'argent ou, en général, d'une quantité; et, du reste, c'est bien ce que suppose le texte, comme l'indiquent ces mots : *qui solvendi animo pecuniam dat*. De même que celui qui emprunte une somme d'argent, de même celui qui reçoit par erreur *indebitam pecuniam* est tenu de la *condictio certi*. Mais, indépendamment de cette ressemblance, j'en signalerai immédiatement quatre autres :

1° Que la prestation me soit faite à titre de *mutuum* ou à titre de paiement, dans un cas comme dans l'autre je deviens propriétaire, ou du moins, si celui qui me fait la prestation n'avait pas lui-même la propriété, je suis mis *in causâ usucapiendi*.

2° Si le *tradens* était propriétaire, je suis tenu de lui rendre la propriété qu'il m'a transférée; s'il n'était pas propriétaire, je suis tenu de lui rendre la possession. Comme le dit Paul, *si nummi alieni dati sint, condictio competet ut vel possessio eorum reddatur*... (1).

3° Si le *tradens* était incapable d'aliéner, il reste propriétaire : ce n'est pas la *condictio* qu'il a contre moi, c'est la revendication, du moins tant que je n'ai pas consommé ce qu'il m'a remis (2).

4° Si c'est moi *accipiens* qui me trouve être incapable de m'obliger, il en sera de même : je ne serai obligé ni par le *mutuum* ni par la *solutio indebiti*. C'est du moins la doctrine qui a été consacrée dans les Institutes de Justinien. Gaius, après avoir dit que celui qui a reçu *indebitum* est tenu de la *condictio* comme s'il avait reçu à titre de *mutuum*, Gaius ajoutait : *Undè quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quàm mutui datione*. Gaius admettait-il, au contraire, que l'incapable est tenu de la *condictio indebiti*; ou bien, tout en reconnaissant qu'il n'en est pas tenu, se bornait-il à rappeler que, le *mutuum* étant un contrat, il ne faut pas aveuglément appliquer toutes les

(1) L. 15 § 1, D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(2) Inst., § 2 *Quib. alien. lic. vel non* (II, 8).

règles qui le concernent à la *solutio indebiti*, qui est plutôt un distrat? J'avoue que les deux interprétations me paraissent également admissibles en présence de cette proposition finale : *Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quàm contrahere* (1). Quoi qu'il en soit, Justinien décide expressément que le pupille qui, par suite d'une erreur, a reçu sans être autorisé ce qui n'était pas dû, *non tenetur indebiti condictione magis quàm mutui datione*, ce qui pourtant n'empêche pas cet empereur de reconnaître qu'il ne s'agit pas d'obligation *ex contractu* dans le cas d'*indebiti solutio* (2).

Quelles sont les conditions requises pour que celui qui a reçu *solutionis nomine* soit obligé de rendre? Les Institutes en signalent tout d'abord deux : *Is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur* (3). Il faut donc qu'il y eût *indebitum*; il faut, de plus, qu'il y ait eu erreur. Reprenons successivement ces deux conditions.

I. *Indebitum*. Lorsqu'un homme s'est obligé *ex die* ou *sub conditione*, peut-on dire qu'il y a *indebitum* tant que le terme n'est pas échu, tant que la condition est *in pendenti*? Nous savons déjà qu'il faut distinguer à cet égard entre le terme et la condition (4) : avant l'échéance du terme il y a déjà dette, tandis que *pendente conditione* il y a encore *indebitum*. Donc celui qui paie *antè diem* ne peut pas répéter; celui qui paie *pendente conditione* peut répéter, en supposant, bien entendu, qu'il a payé *per errorem*. Dans cette dernière hypothèse, la répétition peut-elle être exercée indéfiniment? On comprend qu'elle ne pourrait plus l'être une fois que la condition se serait accomplie. Comme le dit Pomponius, *sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem con-*

(1) Comment. III, § 91.

(2) Inst., § 1 *Quib. mod. re contr. oblig.* (III, 14). — Il faut, du reste, admettre sans difficulté que, si le *tradens* prouve que le pupille est plus riche par suite de la prestation à lui faite, ce *tradens* aura la *condictio* dans les limites de cet enrichissement. Voy. Ulpien, L. 1 pr. et L. 5 pr., D., *De auctorit. et cons.* (26, 8).

(3) § 6 (au commencement) *De oblig. quasi ex contr.*

(4) Voy., ci-dessus, p. 184.

ditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest (1). — Que décider en ce qui concerne le *dies incertus*? Il faut voir si l'incertitude porte sur l'arrivée même de l'événement ou si elle porte seulement sur l'époque où il doit arriver (2) : au premier cas, c'est une véritable condition (3) ; au deuxième cas, c'est purement un terme (4).

Là où existe une obligation naturelle, on ne peut pas dire qu'il y ait *indebitum*. Donc l'homme qui paie ce qu'il doit naturellement, croyant le devoir civilement, ne peut pas exercer la répétition. Comme le dit très-bien Tryphoninus, *debiti vel non debiti ratio, in condictione, naturaliter intelligenda est* (5).

Un homme est obligé civilement, en ce sens qu'il pourrait être actionné; mais, s'il était ainsi poursuivi, il échapperait à la condamnation au moyen d'une exception qu'il lui est permis d'invoquer. Dirons-nous qu'il y a là *indebitum* et qu'en cas de paiement fait par erreur la *condictio* serait possible? Il faut distinguer si l'exception est temporaire ou perpétuelle. Lorsque l'exception est temporaire, c'est-à-dire susceptible d'être invoquée seulement pendant un certain temps, au fond c'est comme si l'homme était débiteur *sub die* : qu'il paie par erreur, ne sachant pas avoir le secours de cette exception temporaire, il ne pourra pas répéter. Au contraire, lorsque l'exception est perpétuelle, au fond c'est comme s'il n'y avait pas du tout obligation : la *condictio indebiti*, en principe, peut donc avoir lieu (6). L'exception peut exister dans des circonstances telles qu'on ne sache pas si elle est temporaire ou perpétuelle, comme quand un créancier convient avec son débiteur qu'il ne le poursuivra pas *donec Titius consul fiat* : alors, suivant Papinien, c'est comme si elle était perpétuelle : *summâ ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti* (7). — Quand nous disons que le débiteur *tutus exceptione perpetuâ* peut répéter

(1) L. 16 pr., D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(2) Voy., ci-dessus, p. 186 et 187.
(3) Même L. 16, § 1.
(4) Ulpien, L. 17, D., *De condict. indeb.*
(5) L. 64, D., *De condict. indeb.*
(6) Ulpien, L. 26 § 3, D., *De condict. indeb.*
(7) L. 56, D., *De condict. indeb.*

ce qu'il a payé par erreur, nous supposons que l'exception ne laisse pas même subsister à sa charge une obligation naturelle : *desinit debitor esse*, dit très-bien Marcellus, *is qui nactus est exceptionem justam nec ab æquitate naturali abhorrentem* (1). Ainsi l'exception du Sénatusconsulte Velléien est admise par bienveillance pour la personne obligée, celle-ci n'est pas tenue même naturellement : si elle paie par erreur, ne sachant pas avoir le secours de l'exception, elle pourra répéter. Au contraire, l'exception du Sénatusconsulte Macédonien est admise *in odium ejus cui debetur*, le débiteur reste obligé naturellement : eût-il payé par erreur, il ne pourra pas répéter (2).

II. *Per errorem solutum*. La prestation indue a été faite par une personne qui était dans l'erreur, qui croyait devoir. Celui qui vous remet, comme pour vous payer, une somme qu'il sait très-bien ne pas vous devoir, celui-là ne vous oblige pas envers lui. Comme le dit Paul, *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est* (3).

L'erreur ici consiste à croire qu'une dette existe lorsqu'elle n'existe point. Une personne est dans l'erreur lorsqu'elle ne connaît pas un fait qu'elle pourrait connaître. L'homme ne pouvant pas connaître l'avenir, il ne serait pas bien exact de dire qu'il y a eu erreur de la part de celui qui pensait que telle chose arriverait, lorsque cette chose n'est pas arrivée. Ainsi s'explique une décision d'Ulpien qui au premier abord paraît un peu singulière. Un homme a pris à loyer une maison pour un an, et il a payé d'avance ; au bout de six mois, la maison s'écroule ou est incendiée : le preneur pourra bien se faire rendre la moitié de ce qu'il a payé, mais par l'action *conducti* et non par la *condictio indebiti* (4).

L'erreur nécessaire pour fonder la *condictio indebiti*, est-ce seulement une erreur de fait, ou bien est-ce même une erreur de droit? Un texte de Paul, pris isolément, pourrait faire croire qu'en principe l'erreur de droit n'est point admise. *Regula est*, dit Paul, *juris quidem ignorantiam cuique nocere*, *facti verò ignoran-*

(1) L. 66, D., *De reg. juris.*
(2) Marcien, L. 40 pr., D., *De condict. indeb.*
(3) L. 53, D., *De reg. juris.*
(4) L. 19 § 6, D., *Locati* (19, 2).

tiam non nocere. Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit, antè præmisso quod minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est; quod et in feminis, in quibusdam causis, propter sexûs infirmitatem dicitur... (1). Mais il est certain qu'il n'y a pas là une règle absolue, applicable sans aucune espèce de distinction. La preuve en est qu'incontestablement l'erreur de fait nuit souvent à celui qui l'a commise: par exemple, lorsque je m'imagine qu'une chose vaut 100, tandis qu'en réalité elle ne vaut que 75, si je l'achète 100, je serai bien certainement victime de mon erreur. La véritable règle, c'est que l'erreur n'est prise en considération qu'autant qu'elle est excusable: qu'il s'agisse d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit, nous pourrons venir au secours de celui qui l'a commise, s'il n'y a pas eu de sa part négligence grossière, inattention impardonnable. A propos de la *cautio legatorum,* Ulpien dit positivement qu'on peut admettre l'*ignorantia juris* (2). Et, dans les deux textes suivants, Papinien, parlant de personnes *suum petentes* ou de personnes pour lesquelles il s'agit de ne pas perdre ce qui leur appartient, paraît avoir en vue précisément ceux qui ont payé *indebitum: Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus; suum verò petentibus non nocet*(3). *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; juris autem error nec feminis in compendiis prodest. Cæterùm omnibus juris error, in damnis amittendæ rei suæ, non nocet* (4). Que la bonne foi, nécessaire en matière d'usucapion, repose sur une erreur de droit, l'usucapion n'aura pas lieu: voilà, je crois, tout ce que Papinien veut dire quand il parle de ceux qui veulent acquérir ou quand il décide que l'erreur de droit *in compendiis non prodest.* Et même Labéon enseignait que la règle *Juris ignorantia non prodest* peut être invoquée seulement contre celui qui pouvait se faire éclairer par un jurisconsulte ou qui était déjà suffisamment instruit (5).

Paul cite et approuve un rescrit des empereurs Sévère et Antonin duquel il résulte que l'héritier qui a exécuté intégralement

(1) L. 9 pr., D., *De juris et facti ignor.* (22, 6).
(2) L. 4 pr., D., *Ut in possess. legat.* (36, 4).
(3) L. 7, D., *De juris et facti ignor.*
(4) L. 8, D., *eod. Tit.*
(5) L. 9 § 3, D., *eod. Tit.*

une disposition testamentaire ne peut pas ensuite exercer la répétition pour partie, en disant qu'il avait le droit d'opérer une réduction. La décision n'est pas tant fondée sur ce qu'il a commis une erreur de droit que sur ce qu'il a commis une erreur inexcusable : *nec stultis solere succurri, sed errantibus* (1). — Sans doute, au Code, nous trouvons une Constitution des empereurs Constantin et Maximien, qui dit, en termes généraux : *Cùm quis, jus ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio : per ignorantiam enim facti tantùm repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est*(2). Mais il est permis de croire que les commissaires de Justinien, usant d'un procédé qui leur est assez habituel, auront détaché du texte original du rescrit, de manière à lui donner l'apparence d'un principe général, une proposition qui était vraie seulement eu égard aux circonstances de l'affaire soumise aux empereurs.

— Une troisième condition est nécessaire pour que la *condictio indebiti* puisse être exercée : il faut que la prétendue dette que l'on a voulu payer ne fût pas du nombre de celles qui exposent le débiteur récalcitrant (*inficians*) à être condamné au double. *Definierunt veteres*, dit Justinien, *ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse*(3). Un homme nie l'existence d'une condamnation rendue contre lui ; succombant sur l'action *judicati*, il est condamné au double du montant de la première condamnation. A l'imitation de l'action *judicati*, plusieurs autres actions (la *condictio* donnée pour l'exécution d'un *legatum certum per damnationem*, l'action de la loi Aquilia, etc.) présentaient le même caractère. Supposons qu'un homme, menacé d'être poursuivi par l'une de ces actions, paie ce qu'il croit devoir ; puis il reconnaît qu'il ne devait rien : pourra-t-il répéter? Non. Pourquoi ? Parce que, si la prestation qu'il a faite ne l'a pas libéré, cependant elle n'est pas absolument sans cause, elle n'a pas été sans lui procurer un certain avantage. Admettons que cet homme eût la conviction qu'il ne devait pas : peut-être se serait-il fait le raisonnement suivant : « Le juge peut se tromper et croire

(1) L. 9 § 5, D., *eod. Tit.*
(2) L. 10, C., *De juris et facti ignor.* (1, 18).
(3) Inst., § 7 (1er alinéa) *De oblig. quasi ex contr.*

que je dois : alors il me condamnera au double. Pour échapper à cette mauvaise chance, j'aime mieux sacrifier le simple : je vais donc payer comme si je devais, afin de me procurer ma tranquillité. » On voit qu'ici la prestation faite peut s'expliquer même indépendamment de l'erreur, et qu'en tout cas, elle a été d'une certaine utilité pour le *tradens*.

Justinien ayant mis sur la même ligne tous les legs et même les fidéicommis, il ne pouvait plus être question d'une règle exclusivement applicable au legs *per damnationem*. Dans le droit de Justinien, celui qui cherche à ne pas payer le legs ou fidéicommis dont il est tenu envers une église ou envers un autre lieu vénérable, celui-là s'expose à être condamné au double. En conséquence, une fois qu'on a exécuté un legs ou un fidéicommis de cette espèce, vainement reconnaîtrait-on ensuite qu'on n'en était pas tenu, il n'y a pas de répétition possible (1).

La *condictio indebiti* n'appartient pas toujours, essentiellement, à celui-là même qui a fait la prestation. La règle est qu'elle peut être exercée par celui au nom de qui la prestation a été faite. Ainsi, lorsqu'un tuteur ou un mandataire a voulu éteindre la dette dont il croyait tenu son pupille ou son mandant, s'il y a lieu à *condictio indebiti*, c'est le pupille ou le mandant qui l'exercera (2).

— En matière de *condictio indebiti*, à qui incombe le fardeau de la preuve? En supposant que le défendeur commence par nier le fait du paiement qu'il a reçu, une fois convaincu de mensonge sur ce premier point, il ne pourra échapper à la condamnation qu'en prouvant qu'il était bien créancier de ce qu'il a reçu. En dehors de ce cas, le fait d'une tradition à titre de paiement étant constant entre les parties, le demandeur a deux preuves à faire pour triompher : il doit d'abord prouver qu'il ne devait pas ce qu'il a remis à l'adversaire; il doit prouver, de plus, qu'il a eu une *justa causa ignorantiæ* (3). Toutefois, si la personne qui réclame se

(1) Inst., § 7 (2e alinéa) *De oblig. quasi ex contr.*
(2) L. 6 § 3 et L. 57 pr., D., *De condict. indeb.*
(3) Paul, L. 25 pr., D., *De probat.* (22, 3).

trouve être un pupille, un mineur, une femme, un militaire, un paysan, alors c'est à celui qui a reçu les écus à prouver *benè eas accepisse et debitas ei fuisse solutas* (1).

— Celui qui intente avec succès la *condictio indebiti* a droit à *tous les fruits* perçus par l'*accipiens* (2). Mais, quand il s'agit d'une somme d'argent, il n'a pas droit de se faire tenir compte des intérêts. *Pecuniæ indebitæ, per errorem solutæ*, porte un rescrit d'Antonin Caracalla, *usuras præstari tibi frustrà desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur quæ indebita soluta est* (3). Cela tient sans doute à ce qu'ici, comme en matière de *mutuum*, l'action est une action *stricti juris*.

— Dans la matière qui nous occupe, quelle influence peut exercer la bonne ou la mauvaise foi de l'*accipiens*? Trois cas doivent être distingués : ou l'*accipiens* a été de mauvaise foi dès l'origine, ou il a toujours été de bonne foi, ou bien enfin, de bonne foi à l'origine, il est devenu plus tard de mauvaise foi (4).

Celui qui a été de mauvaise foi dès l'origine a commis un *furtum*, il n'est pas devenu propriétaire de ce qui lui a été livré. A cet égard, aucune discussion n'est possible, en présence des expressions de Scévola : *Furtum fit cùm quis indebitos nummos sciens accipit* (5).

Si l'*accipiens* a été de bonne foi dans le principe, il est devenu propriétaire de l'objet : par conséquent, il a pu en disposer. Maintenant, s'il en a effectivement disposé, reste-t-il tenu envers le *tradens*? Cela dépend: il reste tenu, s'il était devenu de mauvaise foi au moment où il a fait l'acte de disposition; il est libéré, s'il était encore de bonne foi à ce moment-là (6). Voilà donc un cas où un débiteur se trouve libéré par son propre fait! Cela s'explique parce que, si l'une des parties a quelque chose à se reprocher, en général ce sera le *tradens* plutôt que l'*accipiens*.

(1) Même L. 25, § 1.
(2) Paul, L. 15 pr. et L. 65 § 5, D., *De condict. indeb.*
(3) L. 1, C., *De condict. indeb.* (4, 5).
(4) La même distinction doit être faite chez nous: voy. C. Nap., art. 1378 et suiv.
(5) L. 18, D., *De condict. furt.* (13, 1).
(6) Paul, L. 65 § 8, D., *De condict. indeb.*

Je ne terminerai pas la matière des obligations qui se forment *quasi ex contractu* sans citer cette maxime très-remarquable : *Judiciis quasi contrahimus*. Elle a été tirée d'un texte d'Ulpien, sur lequel nous aurons plus tard occasion de revenir (1).

APPENDICE AUX OBLIGATIONS QUI NAISSENT *EX CONTRACTU* OU *QUASI EX CONTRACTU*.

PAR QUELLES PERSONNES NOUS POUVONS ACQUÉRIR UN DROIT DE CRÉANCE.

Nous pouvons acquérir un droit de créance, comme la propriété et comme la possession (2), non-seulement par nous-mêmes, mais encore par certaines autres personnes, notamment par les personnes qui sont sous notre puissance (3).

Anciennement, tout droit de créance acquis par un fils de famille profitait au père. Si le fils de famille a un pécule castrens ou quasi castrens, les droits de créance qu'il peut acquérir à cette occasion lui restent propres. Enfin, si le droit de créance doit être considéré comme faisant partie du pécule adventice, c'est bien au père qu'il appartient d'intenter l'action contre le débiteur, s'il y a lieu; mais sur les valeurs provenant en définitive de ce droit de créance, le père aura seulement l'usufruit, le *filiusfamiliâs* ayant la propriété (4).

Quant aux esclaves, dans le droit de Justinien comme dans l'ancien droit, la créance acquise par eux profite toujours et pour le tout à leur maître. — Celui qui possède de bonne foi l'esclave d'autrui ou un homme libre peut acquérir par lui certaines créances, celles

(1) L. 3 § 11, D., *De peculio* (15, 1).

(2) Voy. le Titre des Institutes *Per quas pers. nob. adquir.* (II, 9).

(3) Inst., pr. *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* (III, 28).

(4) Justinien, L. 8 § 3, C., *De bonis quæ liber.* (6, 61); Inst., pr. (2e alinéa) *Per quas pers. nobis oblig. adquir.* — Pour plaider, le père a besoin du consentement du fils, *nisi adhùc in primâ ætate est constitutus vel longè absit*. Les frais de l'instance sont supportés par le père.

qui proviennent *ex operis ejus* ou *ex re suâ* (1). — Celui qui a l'usufruit d'un esclave acquiert également par cet esclave ce qui provient *ex operis ejus* ou *ex re suâ*. D'après les Institutes (2), il faudrait en dire autant de celui qui a l'*usus servi;* mais il y a là évidemment une erreur. Par l'esclave dont je suis usager, j'acquiers simplement la créance qui provient *ex re meâ :* car les *operæ* de cet esclave doivent profiter à celui qui a le *fructus*, c'est-à-dire au propriétaire ou à l'usufruitier. C'est sans doute par inadvertance que les rédacteurs des Institutes, en copiant le passage de Gaius (3), ont ajouté *vel usum*. Nous avons, du reste, au Digeste, un texte d'Ulpien qui est formel en ce sens (4).

Que décider si moi-même je contracte une obligation envers l'homme que je possède de bonne foi ou dont j'ai l'usufruit? En principe, l'obligation sera valable : je serai tenu envers cet homme s'il se trouve qu'il est libre, envers son maître si au contraire il est esclave. Mais évidemment il faut supposer pour cela que je ne me suis pas obligé ainsi *ex re meâ* ou *ex operis ejus :* en cas pareil, l'obligation serait nulle, il y aurait une sorte de confusion, puisque l'obligation que je contracte doit en même temps me profiter. C'est ce que Papinien fait très-bien remarquer. *Quemadmodùm*, dit-il en parlant d'un homme libre que je possède de bonne foi, *quemadmodùm habebit ejus actionem adversùs me quod ab alio stipulatus quæreret mihi* (5)?

Dans l'ancien droit, il pouvait se faire qu'une personne eût sur un esclave le *nudum jus Quiritium*, tandis qu'une autre avait ce même esclave *in bonis*. La première, bien que propriétaire, ne profitait point des créances acquises par l'esclave : *minùs juris in eâ re*, dit Gaius, *habere intelligitur quàm usufructuarius et bonæ fidei possessor : nàm placet ex nullâ causâ ei adquiri posse*. L'esclave eût-il stipulé nominativement pour cette personne qui a sur lui le *nu-*

(1) Inst., § 1 *Per quas pers. nob. oblig. adq.* Comp. § 4 *Per quas pers. nob. adq.* (II, 9), et notre t. I, p. 601 et suiv.

(2) § 2 *Per quas pers. nob. oblig. adq.*

(3) Comment. III, § 165.

(4) L. 14 pr. *De usu et habit.* (7, 8).

(5) L. 118 pr., D., *De verbor. obli* .

dum jus Quiritium, certains jurisconsultes étaient d'avis qu'elle n'en profiterait pas (1).

Lorsqu'un esclave appartient par indivis à plusieurs maîtres, nous savons qu'en principe la créance qu'il acquiert se divise entre ses différents maîtres en proportion de la part de chacun dans la propriété de l'esclave. Nous savons également que ce principe comporte plusieurs exceptions. Nous n'avons pas à y revenir (2).

Il reste à nous demander si on ne peut jamais acquérir un droit de créance *per extraneam personam*. D'après l'ancien droit civil, cela était impossible. Papinien fait de cette règle une application remarquable : *Etsi possessio per procuratorem ignoranti quæritur, usucapio verò scienti competit, tamen evictionis actio domino contrà venditorem invito procuratore non datur; sed per actionem mandati eâ cedere cogitur* (3). Ainsi, quand j'ai donné mandat à Titius de m'acheter une maison, je puis bien, par le ministère de ce *procurator*, acquérir la possession et même la propriété de cette maison; je n'acquiers point par lui de droit de créance contre le vendeur, et notamment je n'acquiers point la créance de garantie.

Mais nous voyons que, dès l'époque de Papinien, on s'était relâché de cette rigueur de l'ancien droit. *Si procurator vendiderit et caverit emptori*, dit Ulpien, *quæritur an domino vel adversùs dominum actio dari debeat. Et Papinianus lib. III Responsorum putat, cum domino ex empto agi posse utili actione, ad exemplum institoriæ actionis, si modò rem vendendam mandavit : ergò et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere* (4). Voici donc la marche suivie en cette matière : Lorsque je prépose à un commerce mon esclave ou même un homme libre, les personnes qui traitent avec ce préposé peuvent intenter contre moi une action institoire (5); si, au lieu de préposer Titius à un commerce, je lui donne mandat de faire pour mon compte un certain acte, par

(1) Gaius, III, § 166.

(2) Gaius, III, §§ 167 et 167 A; Inst., § 3 *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* Comp. Inst., § 3 *De stipulat. serv.* (III, 17), et ci-dessus p. 245 et suiv.

(3) L. 49 § 2, D., *De adquir. vel amitt. poss.* (41, 2).

(4) L. 13 § 25, D., *De action. empti.* (19, 1).

(5) Inst., § 2 *Quod cum eo qui in alienâ potest. est* (IV, 7).

exemple une vente, on admet que le tiers qui traite avec Titius peut me poursuivre moi-même par une action utile, *ad exemplum institoriæ actionis ;* enfin, si par suite du contrat de mon mandataire je suis tenu envers le tiers qui a figuré dans ce contrat, équitablement il faut arriver à dire que ce tiers, de son côté, peut être tenu envers moi, de sorte que je me trouve avoir acquis un droit de créance *per procuratorem.*

Il peut y avoir grand intérêt pour le mandant à être ainsi investi d'une action utile contre le tiers qui a traité avec son mandataire. En effet, supposons que le mandataire meure sans laisser d'héritier : il n'y a pas possibilité pour le mandant de se faire céder l'action que le mandataire avait acquise contre le tiers. Supposons même que le mandataire a cédé son action au mandant, mais qu'il meurt avant qu'il n'y ait eu *litis contestatio* entre le mandant et le tiers : alors le pouvoir qu'il avait conféré au mandant s'évanouit. Tous ces embarras, toutes ces difficultés, ne peuvent plus se présenter du moment qu'on admet au profit du mandant une action utile contre le tiers.

Nous savons déjà que, dans le dernier état du droit, on peut, en contractant pour soi-même, faire acquérir une créance à autrui (1). — Nous savons aussi que, dès le temps des jurisconsultes, lorsque sur mon ordre mon débiteur vous compte une somme, je puis acquérir contre vous la *condictio certi,* comme vous ayant moi-même prêté la somme. Africain et Ulpien y voient une dérogation aux principes (2).

En expliquant le Titre *De iis per quos agere possumus* (IV, 10), nous aurons encore occasion de revenir sur cette théorie de l'acquisition *per extraneam personam.*

(1) Voy., ci-dessus, p. 217 et suiv.
(2) Ci-dessus, p. 158 et 159.

III. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT.

Les Romains appellent délits, *delicta* ou *maleficia*, certains faits illicites et dommageables. Du reste, le délit, chez eux, n'implique pas l'idée de dol : le fait illicite et dommageable appelé délit n'est pas nécessairement intentionnel. C'est ce que nous verrons notamment en nous occupant de la loi Aquilia (1).

Nous considérons ici les délits au point de vue du droit privé, comme donnant lieu à un *judicium privatum*, à une action exercée par la partie lésée. Du reste, les Institutes contiennent un Titre *De publicis judiciis* (IV, 18), où l'on traite des crimes qui peuvent donner lieu à une accusation publique.

Les *delicta privata*, d'après les Institutes, sont au nombre de quatre, savoir : *furtum*, *rapina*, *damnum injuriâ datum*, *injuria* (2). Nous allons les étudier successivement.

DU *FURTUM*.

Toute la matière du *furtum* peut être ramenée à l'examen de deux questions principales, que voici : Quand y a-t-il *furtum?* Quelles sont les actions auxquelles le *furtum* peut donner naissance?

(1) Chez nous, au contraire, du moins en matière civile, le *délit* (par opposition au *quasi-délit*) implique le dol, la mauvaise intention de l'agent. Voy. Pothier, *Traité des obligations*, n° 116, dont les rédacteurs du Code Napoléon ont certainement voulu reproduire le langage (art. 1382 et suiv.).

(2) Pr. *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1).

Quand y a-t-il furtum?

Le jurisconsulte Paul rapporte différentes étymologies du mot *furtum*. Suivant Labéon, *furtum* vient de *furvum* (synonyme de *nigrum*), attendu que d'ordinaire les vols se commettent *clàm et obscurò*, souvent la nuit. Suivant Sabinus, *furtum* viendrait de *fraus*. Peut-être vient-il de *ferre*, dans le sens de *auferre*, enlever. Peut-être enfin vient-il du grec, attendu que les Grecs appellent les voleurs φῶρας, mot qui vient lui-même ἀπὸ τοῦ φέρειν (1).

Le même jurisconsulte Paul définit ainsi le délit dont il s'agit : *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel etiam usûs ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* (2). — Cette définition a besoin d'être complétée : il ne peut être question de *furtum* qu'autant qu'il s'agit d'un objet mobilier. *Abolita est quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri* (3).

Il peut y avoir *furtum ipsius rei*, il peut y avoir aussi *furtum usûs* et *furtum possessionis*. Il y a *furtum ipsius rei* lorsqu'on prend la chose d'autrui *cum animo domini*, avec l'intention de la traiter comme si l'on en était propriétaire : *aliquis intercipiendi causâ rem alienam amovet* (4). C'est l'espèce de *furtum* qui se présente le plus communément.

Qu'est-ce que le *furtum usûs?* Supposons qu'un créancier gagiste ou qu'un dépositaire se serve de la chose qui lui a été remise : il commet un *furtum usûs*. Comme le propriétaire, en lui remettant la chose, n'a pas eu l'intention qu'il pût s'en servir, il y a bien de sa part *contrectatio fraudulosa rei alienæ invito domino*. Dites-en autant du commodataire qui fait de la chose un autre usage que celui qui a été convenu : *veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregrè secum tulerit, aut si quis equum gestandi causâ commodatum sibi longiùs*

(1) L. 1 pr., D., *De furtis* (47, 2); Inst., § 2 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(2) L. 1 § 3, D., *De furtis*; Inst., § 1 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(3) Gaius, L. 38, D., *De usurpat.* (41, 3); Inst., § 7 *De usucap.* (II, 6).

(4) Gaius, III, § 195; Inst., § 6 (au commencement) *De oblig. quæ ex del. nasc.*

aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset (1). Le nu-propriétaire, s'emparant de la chose mobilière dont un autre a l'usufruit, commet aussi un *furtum usûs.*

Enfin il peut y avoir *furtum possessionis*, et cela de la part du propriétaire même de la chose. Par exemple, j'ai donné une chose en gage à mon créancier, et je la lui dérobe : le *furtum* ici porte sur ce qui ne m'appartient plus, sur ce que j'ai aliéné au profit de mon créancier, c'est-à-dire sur la possession (2). — Gaius donne un autre exemple. Titius possède de bonne foi un meuble qui m'appartient : bien qu'il n'ait pas traité avec moi, il a une sorte de droit sur la chose, la possession de bonne foi : si je lui dérobe la chose, je commets à son préjudice un *furtum usûs. Undè placuit*, dit Gaius, *eum qui servum suum, quem alius bonâ fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere* (3).

Voici une décision curieuse de Paul relativement au cas où le voleur se trouve être le propriétaire de la chose : *Si bonâ fide rem meam emeris, eamque ego subripuero, vel etiam tuus ususfructus sit et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio quasi furtivæ rei non impedietur : quoniam, et si alius subripiat, et in meâ potestate reversa res fuerit, usucapiebatur* (4). L'idée de Paul est un peu subtile. L'usucapion n'est pas empêchée : car, s'il y a *furtum*, au même instant la chose revient en la *potestas domini* et ainsi le vice est purgé. Ne peut-on pas dire tout simplement que l'usucapion reste possible parce que, le *furtum* n'étant pas un *furtum ipsius rei*, la chose même n'a pu contracter le vice qui empêche l'usucapion ?

— Il ne peut pas y avoir *furtum* relativement à une chose qui n'est possédée par personne. Paul fait application de cette idée, lorsqu'il dit : *Rei hereditariæ, antequàm ab herede possideatur, furtum fieri non potest* (5). Du reste, à défaut de l'action *furti*, le *crimen expilatæ hereditatis* est toujours possible contre celui qui dé-

(1) Gaius, III, § 196 ; Inst., même § 6.
(2) Gaius, III, § 200 (au commencement) ; Inst., § 10 *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(3) Même § 200, *in fine*.
(4) L. 20 § 1, D., *De furtis*.
(5) *Sentences*, II, XXXI, § 11.

pouille une hérédité : *Apparet*, dit Ulpien, *expilatæ hereditatis crimen eo casu intendi posse quo casu furti agi non potest, scilicet antè aditam hereditatem, vel, post aditam, antequàm res ab herede possessæ sunt : nàm in hunc casum furti actionem non competere palàm est*... (1).

Mais de ce qu'une *res non possessa* ne peut pas être l'objet d'un *furtum* il ne s'ensuit pas que, pour devenir furtive, une chose doive nécessairement être dans le commerce. *Interdùm*, dit Gaius, *etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostrâ sunt, sive etiam uxor quæ in manu nostrâ sit, sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit* (2). Des quatre exemples donnés par Gaius, les Institutes de Justinien n'ont conservé que le premier (3). Nous savons que la femme *in manu* était, vis à vis de son mari, *loco filiæ;* cette *manus* n'existe plus dans le droit de Justinien. Nous savons également que, dans l'ancien droit, quand j'avais obtenu condamnation contre une personne, je pouvais, au bout de trente jours, procéder contre elle à la *manûs injectio* (4) : si quelqu'un enlevait et cachait mon *judicatus*, de manière à rendre impossible cette *manûs injectio*, il était considéré comme commettant un *furtum* à mon préjudice. Quant à l'*auctoratus*, c'est un individu gagé pour combattre comme gladiateur. — Là où il y a *furtum personæ*, il peut y avoir, de plus, *plagium ex lege Fabiâ*, si l'homme libre ou esclave a été *celatus a suppressore* (5). Ce crime de *plagium* entraînait habituellement condamnation *in metallum* (6).

Pour qu'il y ait *furtum*, il faut que la *contrectatio rei alienæ* soit *fraudulosa*. Ainsi, lorsqu'un héritier trouve une chose qui avait été remise au défunt à titre de prêt, de location ou de dépôt, s'il pense qu'elle fait partie de la succession, en la vendant ou en

(1) L. 2 § 1, D., *Expil. heredit.* (47, 19).

(2) Comment. III, § 199.

(3) § 9 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(4) Ci-dessus, p. 131 et 132.

(5) Au Titre du Digeste *De lege Fabiâ de plagiariis* (48, 15), voy. notamment la L. 6.

(6) Hermogénien, L. 7 *hoc Tit.*

la donnant il ne commet point un *furtum*. De même, celui qui a l'usufruit d'une esclave, si par erreur de droit il s'imagine que le part lui appartient, en vendant ou en donnant ce part il ne commet pas un *furtum* (1). De même encore, le commodataire qui fait de la chose un autre usage que celui pour lequel il l'a reçue, ce commodataire ne commet le *furtum usûs* qu'autant que *se intelligat id invito domino facere* : s'il croit que le propriétaire n'y trouverait rien à redire, *extrà crimen videtur* (2).

La règle est donc toujours ceci : *Furtum sine affectu furandi non committitur*. Même une certaine *ignorantia juris* peut être invoquée pour établir qu'on n'a pas eu l'*affectus furandi*, comme nous venons de le voir en ce qui concerne l'usufruitier d'une esclave. Mais il est bien évident que celui qui a détourné la chose d'autrui pour se l'approprier ne serait jamais recevable à dire : « Je ne savais pas qu'il y eût là un *furtum* défendu et puni par la loi. »

— Que décider s'il y avait eu seulement *animus furandi ?* Cela serait-il traité comme *furtum ?* En principe, il est bien certain que la simple intention de voler ne suffit pas pour constituer un *furtum* : comme le dit Paul, *sola cogitatio furti faciendi non facit furem* (3). Par application de ce principe, on admet que le commodataire qui croit faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du propriétaire ne commet pas un *furtum* s'il se trouve qu'en réalité le propriétaire consentait à l'usage dont il s'agit (4). Mais voici une espèce sur laquelle le doute était possible : Titius sollicite mon esclave de me dérober certains objets et de les lui apporter ; mon esclave m'en ayant instruit, je lui permets de porter les objets à Titius, pour le prendre sur le fait. On peut se demander si Titius est tenu envers moi de l'action *furti*, ou de l'action *servi corrupti* (5), ou s'il n'est tenu ni de l'une ni de l'autre. Suivant Gaius, il faut répondre en ce dernier sens : Titius n'est pas

(1) Inst., §§ 4 et 5 *De usucap.* (II, 6).

(2) Gaius, III, § 197 ; Inst., § 7 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(3) L. 1 § 1, D., *De furtis*.

(4) Gaius, III, § 198 (au commencement) ; Inst., § 8 (au commencement) *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(5) Action prétorienne, donnée au double du préjudice. Voy., au Digeste, le Titre *De servo corrupto* (11, 3).

tenu de l'action *furti, ideò quòd non invito me res contrectavit;* il n'est pas tenu de l'action *servi corrupti, ideò quòd deterior servus factus non est* (1). Mais Justinien, prenant le contre-pied de cette doctrine, décide que Titius est tenu et de l'action *furti* et de l'action *servi corrupti*. Cela est évidemment contraire aux principes. Justinien ne devait pas donner l'action *furti*, puisqu'il admet qu'il n'y a pas *furtum* de la part du commodataire qui *credit invito domino se rem contractare, cùm domino volente id fiat*. Et, quant à l'action *servi corrupti*, il dit lui-même : *Licet is servus deterior a sollicitatore minimè factus est, et ideò non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tamquàm si re ipsâ fuisset servus corruptus, ne, ex hujusmodi impunitate, et in alium servum qui facilè possit corrumpi tale facinus a quibusdam perpetretur* (2). Je ne comprends pas que Justinien, laissant toujours subsister le principe, se refuse seulement à l'appliquer dans une certaine espèce.

—Celui-là seul est coupable de *furtum, qui intelligit se delinquere*, qui a conscience du délit commis. En conséquence, on se demande si un impubère, *rem alienam amovendo, furtum faciat*. Suivant Gaius, la plupart des jurisconsultes admettaient l'affirmative seulement quand il s'agissait d'un impubère *pubertati proximus*, et c'est la doctrine qui a été consacrée par Justinien (3). Du reste, il n'y a point à distinguer ici, comme quand il s'agissait de s'obliger par contrat, si l'impubère est *sui juris* ou en puissance (4).

2° *Des actions auxquelles le* furtum *peut donner lieu.*

La personne qui a été victime d'un *furtum* a d'abord contre le voleur une action pénale, qu'on appelle l'action *furti : furti actio tantùm ad pœnæ persecutionem pertinet*. Elle peut avoir, en outre, une action tendant à recouvrer la valeur de sa chose : *ipsius rei persecutionem extrinsecùs habet dominus*. Voilà une indication géné-

(1) Comment. III, § 198.
(2) Inst., § 8 *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(3) Gaius, III, § 208; Inst., § 18 *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(4) Comp. Inst., § 10 *in fine De inutil. stipulat.* (III, 19).

rale que nous donnent les Institutes (1). — On peut se placer à un autre point de vue. Quand ma chose m'a été volée, il y a certaines actions qui me sont ouvertes en vertu des principes généraux du droit, savoir : la revendication et l'action *ad exhibendum*. D'autres ne prennent naissance que parce qu'il y a eu *furtum*, savoir : l'*actio furti* et la *condictio furtiva*.

Nous n'avons à parler ici que de l'*actio furti*. Nous nous occuperons de la *condictio furtiva* en expliquant le § 14 du Titre *De actionibus*, aux Institutes.

En ce qui concerne l'action *furti*, nous avons à rechercher successivement : 1° contre qui et pour combien elle est donnée; 2° par qui elle peut être exercée.

I. L'action *furti* est donnée d'abord contre le voleur. Elle peut atteindre le propriétaire lui-même, au cas où il aurait commis, suivant ce qui a déjà été expliqué, le *furtum usûs* ou le *furtum possessionis*.

L'action *furti* est également donnée contre le complice du vol, *adversùs eum cujus ope consilio furtum factum est*. Voici une série de cas dans lesquels il y aurait certainement complicité : Titius fait tomber votre argent par terre, pour qu'un autre s'en empare; il vous empêche de passer, pour qu'un autre vous dépouille; il met votre troupeau en désordre, pour qu'un autre puisse s'emparer des animaux effarouchés, *et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum*. Nous supposons toujours que Titius a voulu faciliter le vol; s'il avait seulement agi *per lasciviam*, ne pensant point qu'un vol allait être commis, il ne serait point complice du *furtum*, il serait seulement tenu d'une action *in factum* en raison de son imprudence (2). Voici d'autres cas où Titius serait tenu de l'action *furti* : il applique une échelle près d'une fenêtre, il force une porte ou une fenêtre, pour qu'un autre puisse commettre un vol; de même, il prête des instruments à l'aide desquels le vol sera commis, et il les prête sachant à quoi ils vont servir (3).

(1) § 19 *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(2) Je reviendrai sur cette action *in factum*, en parlant de la loi Aquilia.
(3) Gaius, III, § 202; Inst., § 11 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

Mais pouvons-nous donner de la complicité une définition générale, telle que nous sachions bien à quelles conditions un homme qui n'a point commis le *furtum* est cependant tenu de l'action *furti?* A cet égard, je trouve une grande obscurité dans les textes. Ulpien indique le sens des mots *ope consilio :* CONSILIUM *dare videtur*, dit-il, *qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad factum faciendum;* OPEM *fert qui ministerium atque adjutorium ad subripiendas res præbet* (1). Maintenant, pour constituer la complicité exigerons-nous la réunion de deux éléments distincts, ou suffirait-il d'un seul? Suivant moi, la difficulté de la question tient, en grande partie, à la diversité des acceptions dans lesquelles est pris le mot *consilium*. Ce mot signifie-t-il exhortation ou encouragement : alors, en principe, il faut dire qu'on n'est point complice *consilio tantùm*. C'est aussi ce que dit Justinien : *Certè qui nullam opem ad factum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti* (2). Seulement, il y a des cas où le conseil devient une véritable assistance donnée au voleur. Ulpien fait très-bien la distinction : *Qui servo persuasit ut fugeret, fur non est : nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit... Sed, si alius ei fugam persuaserit ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit* (3). Que si nous prenons le mot *consilium* comme signifiant les instructions, les renseignements donnés à une personne et qui lui permettent d'accomplir un *furtum*, ici encore le *consilium* constitue une assistance effective et celui qui le donne doit être tenu de l'action *furti*. Ulpien prend sans doute le mot *consilium* dans cette seconde acception lorsqu'il dit : *Hoc jure utimur ut furtum sine contrectatione non fiat : quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet cùm secuta contrectatio est* (4). Enfin le mot *consilium* signifie souvent la connaissance ou la conscience qu'on a du caractère véritable d'un certain acte; et ceci nous permet de comprendre un texte de Paul, qui en général est mal interprété : *Aliud factum est ejus qui ope, aliud ejus qui consilio fur-*

(1) L. 50 § 3, D., *De furtis.*
(2) Inst., § 11 *in fine De oblig. quæ ex del. nasc.*
(3) L. 36 pr., D., *De furtis.*
(4) L. 52 § 19, D., *De furtis.*

tum facit : sic enim alii condici potest, alii non potest. Sanè post Veterum auctoritatem eò perventum est ut nemo ope videatur fecisse nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat nisi et factum secutum fuerit (1). Paul parle ici du complice et du voleur lui-même : la *condictio furtiva* peut bien être exercée contre le voleur, mais non contre le simple complice (2). Du reste, pour être complice il faut nécessairement avoir le *consilium malignum,* la conscience qu'il s'agit d'un *furtum*, tout comme à l'inverse, pour être voleur il ne suffit pas d'avoir la bonne volonté de commettre un *furtum* et même la croyance qu'on en commet un, si par le fait il n'y a réellement pas *contrectatio rei alienæ invito domino.*

— Il est possible qu'une personne commette un *furtum* et que cependant elle ne soit pas tenue de l'action *furti*. Cela se présente lorsqu'un esclave ou un fils de famille détourne une chose appartenant à son maître ou à son père. Il y a bien *furtum :* par conséquent, la chose ne pourra plus être usucapée tant qu'elle ne sera pas revenue en la puissance du propriétaire; de plus, si l'esclave ou le fils de famille avait un complice, il n'y a aucune raison pour que ce complice ne soit pas tenu de l'action *furti* conformément au droit commun. Mais le voleur lui-même, étant sous la puissance paternelle ou dominicale de la personne volée, échappe nécessairement à cette action *furti*, parce qu'aucune action ne peut prendre naissance entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre (3).

Il y a d'autres personnes encore qui ne sont pas tenues de l'action *furti*. Ainsi, la femme qui détourne des objets appartenant à son mari est tenue de l'action *rerum amotarum*, non de l'action *furti* (4). De même, suivant Paul, *si libertus patrono vel cliens, vel mercenarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur* (5). Enfin aucune *actio famosa* ne peut être exercée par un

(1) L. 53 § 2, D., *De verbor. signif.*

(2) Comp. Ulpien, L. 6, D., *De condict. furt.* (13, 1).

(3) Inst., § 12 *De oblig. quæ ex del. nasc.* Comp. Paul, L. 16, et Ulpien, L. 17 pr., D., *De furtis.*

(4) Voy., au Digeste, le Titre *Rer. amot.* (25, 2). Voy. aussi Ulpien, L. 52 pr., §§ 1-3, *De furt.*

(5) L. 89, D., *De furtis.*

fils émancipé contre son ascendant, ni par un affranchi contre son patron (1).

— Quel est le montant de la condamnation qui intervient sur l'action *furti*? A cet égard, il faut distinguer avant tout suivant qu'il s'agit d'un *furtum manifestum* ou d'un *furtum nec manifestum*. D'après l'opinion de Labéon, qui a prévalu, ce sont là véritablement les *duo genera furtorum* (2).

Quand y a-t-il *furtum manifestum*? Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ce point. Les uns exigeaient que le voleur fût pris commettant le *furtum*. D'autres voulaient seulement qu'il fût pris dans le lieu où il a commis le *furtum*, par exemple dans la vigne où il a volé des raisins. Suivant d'autres, il suffisait qu'il fût pris n'ayant pas encore porté l'objet volé dans l'endroit où il se propose de le mettre. D'autres enfin, *quorum sententia non obtinuit*, étaient d'avis qu'il suffisait que le voleur eût été vu tenant encore l'objet. De ces différentes opinions, la troisième avait également été repoussée : en effet, pouvait-on admettre qu'il y eût *furtum manifestum* si le voleur n'était pris que plusieurs jours après le vol commis, *cùm in aliam civitatem vel in aliam provinciam destinat perferre*? Reste donc à choisir entre les deux premières opinions, et, suivant Gaius, c'est la seconde qui avait le plus de partisans (3). Quant à Justinien, il décide, et il paraît que c'était l'opinion de Julien, qu'il y a *furtum manifestum* par cela seul que le voleur a été vu et pris tenant la chose et ne l'ayant pas encore portée là où il se propose de la mettre (4).

Toutes les fois que les conditions nécessaires pour l'existence du *furtum manifestum* ne se rencontrent pas, on dit qu'il y a *furtum nec manifestum* (5).

Quel est donc l'intérêt pratique de la distinction? C'est que la peine n'est pas la même dans les deux cas. D'après la loi des

(1) Ulpien, L. 5 § 1, D., *De obsequiis parent. et patronis præst.* (37, 15).

(2) Comp. Gaius, III, § 183, et Inst., § 3 (1er alinéa) *De oblig. quæ ex del. nasc.*

(3) Comment. III, § 184.

(4) Inst., § 3 (2e alinéa) *De oblig. quæ ex del. nasc.* Comp. LL. 3-8, D., *De furtis.*

(5) Gaius, III, § 185; Inst., § 3 *in fine eod. Tit.*

douze Tables, la peine du *furtum manifestum* était capitale. Quand le voleur était un homme libre, il était *verberatus*, puis attribué (*addictus*) à la personne volée ; on discutait anciennement sur le point de savoir si, en vertu de l'*addictio*, il devenait esclave ou s'il était simplement réduit à la condition de l'*adjudicatus*. Quand le voleur était un esclave, il était *verberatus*, puis précipité du haut d'un rocher (1). Cette rigueur de la loi des douze Tables fut abandonnée l'Edit du Préteur établit une action au quadruple, que le *fur manifestus* fût un homme libre ou un esclave. Quant au *furtum nec manifestum*, la loi des douze Tables prononçait la peine du double, et le Préteur l'a conservée (2). — Dans le droit de Justinien, l'action *furti* est encore donnée au quadruple en cas de *furtum manifestum*, au double en cas de *furtum nec manifestum* (3). — Anciennement quatre autres actions pénales pouvaient naître d'un *furtum*, savoir : l'action *furti concepti*, l'action *furti oblati*, l'action *furti prohibiti* et l'action *furti non exhibiti*.

Il y a *furtum conceptum* lorsque la chose volée est cherchée et trouvée chez une personne, en présence de témoins. Quoique cette personne ne soit pas le voleur, elle est tenue d'une action particulière, qu'on appelle l'action *furti concepti* (4).

Il y a *furtum oblatum* lorsqu'une chose volée vous a été remise (*oblata*) et qu'ensuite elle a été *concepta apud te*. L'idée de celui qui vous l'a remise, c'est qu'elle fût trouvée chez vous plutôt que chez lui. On vous donne alors contre lui, quoiqu'il ne soit pas le voleur, une action particulière, qu'on appelle l'action *furti oblati* (5).

Il y a *furtum prohibitum* lorsque vous voulez, en présence de témoins, rechercher dans la maison de Titius une chose volée et que Titius s'oppose à cette recherche. Titius est alors tenu de l'action *furti prohibiti* (6).

Enfin il paraît que le Préteur avait établi une action *furti non exhibiti* contre la personne chez qui on cherche et on trouve un

(1) Auln-Gelle, *Nuits att.*, XI, XVIII.
(2) Gaius, III, §§ 189 et 190.
(3) Inst., § 5 *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(4) Gaius, III, § 186 ; Inst., § 4 (1er alinéa) *De oblig. quæ ex del. nasc.*
(5) Gaius, III, § 187 ; Inst., § 4 (2e alinéa) *eod. Tit.*
(6) Gaius, III, § 188 ; Inst., § 4 (3e alinéa) *eod. Tit.*

objet volé, cette personne ne l'ayant pas représenté sur la réquisition qui lui en a été faite (1).

Quel est le montant de la condamnation à laquelle aboutissent ces différentes actions? L'action *furti concepti* et l'action *furti oblati* sont données au triple, soit d'après la loi des douze Tables, soit d'après l'Edit du Préteur (2). Quant à l'action *furti prohibiti*, elle suppose que l'homme qui se présente chez Titius pour rechercher l'objet volé procède à cette recherche dans une forme décrite par Gaius et qualifiée par lui-même de ridicule : lorsque l'objet volé a été ainsi *per lancem liciumque conceptum*, c'est comme s'il y avait *furtum manifestum* : l'action *furti prohibiti*, donnée contre Titius, entraîne donc une condamnation au quadruple, ainsi que l'avait décidé l'Edit du Préteur (3).

Les quatre actions qui viennent d'être indiquées étaient déjà tombées en désuétude avant Justinien. La recherche de la chose volée n'ayant plus lieu *secundùm veterem observationem*, par voie de conséquence ces actions ont dû *ab usu communi recedere*. Du reste, même dans le droit de Justinien, toute personne qui sciemment reçoit et recèle une chose volée se rend passible de l'action *furti nec manifesti* (4).

— L'action *furti* est donnée au double ou au quadruple ; dans l'ancien droit, elle pouvait être donnée au triple. Quelle est précisément l'unité, quel est le *simplum*, que nous multiplions ainsi par 2, par 3 ou par 4? C'est toujours ce que la chose ou le droit valait pour celui qui en a été injustement privé, en prenant la plus haute valeur atteinte depuis le jour du vol : *In furti actione*, dit Ulpien, *non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed, et si res rebus humanis esse desierit cùm judicatur, nihilominùs condemnatio facienda est. Idemque, et si nunc deterior sit, æstimatione relatâ in id tempus quo furtum factum est. Quòd si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc cùm pretiosior*

(1) Inst., § 4 (4e alinéa) *eod. Tit.* Cette action n'est mentionnée dans aucun autre texte.

(2) Gaius, III, § 191.

(3) Gaius, III, §§ 192-194. Voy. aussi Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XI, XVIII.

(4) Inst., § 4 *in fine De oblig. quæ ex del. nasc.*

facta sit fuerit, æstimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse verius est (1). Quelle est réellement la pensée du jurisconsulte quand il dit qu'il ne faut pas prendre pour unité *id quod interest?* Sa pensée n'est certainement point qu'on ne doit tenir compte que de la valeur matérielle de la chose. En effet, si un esclave volé avait été institué héritier et qu'il soit mort avant d'avoir fait adition *jussu domini*, l'action *furti* comprendra *etiam pretium hereditatis* (2). De même, si on vous a volé une chose que vous aviez promise *sub pœnâ* et qu'alors vous ayez été dans la nécessité de payer la peine, *furti actione hoc quoque coæstimabitur* (3). — En quel sens Ulpien nous dit-il donc qu'il faut prendre en considération *non quod interest, sed rei verum pretium?* Suivant M. de Savigny, la pensée du jurisconsulte est simplement que, la chose volée eût-elle diminué de valeur par cas fortuit depuis le vol, il faut toujours s'attacher à ce qu'elle valait le jour du vol (4). Je suis plutôt disposé à croire qu'Ulpien veut dire qu'il n'y a pas à tenir compte d'un préjudice qui ne résulte pas certainement et directement du *furtum* ou qui n'est pas facilement appréciable en argent (5).

II. En principe, l'action *furti* appartient à celui qui souffre du *furtum*, à celui qui avait intérêt à ce que le *furtum* ne fût pas commis. Elle lui appartient, lors même qu'il ne serait pas le propriétaire de la chose volée; et, réciproquement, elle n'appartient pas au propriétaire s'il se trouve que le *furtum* ne lui est pas préjudiciable (6). Voici les principales conséquences qui découlent de ce principe :

Lorsque la chose dérobée par un voleur était grevée d'usufruit, l'action *furti* appartiendra et au nu-propriétaire et à l'usufruitier : *Si servus fructuarius subreptus est*, dit Ulpien, *uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium : fructuarius aget de fructibus, vel quanti*

(1) L. 50 pr., D., *De furtis*.
(2) Ulpien, L. 52 § 28, D., *De furtis*.
(3) Celsus, L. 67 § 1, D., *De furtis*.
(4) *System*, t. V, append. XII, n° 7.
(5) Voy., en ce sens, Papinien, L. 80 § 1, D., *De furtis*.
(6) Gaius, III, § 203; Inst., § 13 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

interfuit ejus furtum factum non esse ; proprietarius verò aget quod interfuit ejus proprietatem non esse subtractam (1).

Si la chose volée était affectée d'un droit de gage, il est certain que le créancier gagiste peut intenter l'action *furti*, le débiteur fût-il solvable : en effet, il vaut mieux avoir une chose avec laquelle on peut se payer que d'être obligé de s'adresser à la personne du débiteur (2). — Du reste, Ulpien admet que l'action *furti* appartiendrait également au propriétaire : *datur utrique, quia utriusque interest* (3). — Pour combien l'action *furti* est-elle donnée au créancier? On tient compte de la valeur même de la chose et non pas seulement du montant de la créance ; comme le dit Paul, *omnimodo in solidum creditor furti agere potest; sed et pignoratitiâ actione id quod debitum excedit debitori præstabit* (4). Il me paraît, d'ailleurs, évident que, là où le créancier gagiste intente l'action *furti* pour la valeur même de la chose, sauf à rendre compte au débiteur, le débiteur ne peut pas de son côté intenter l'action *furti*. — Voici une décision assez curieuse pour le cas où la chose engagée a été volée deux fois : Après le premier *furtum*, le créancier a intenté l'action *furti* et a obtenu le montant intégral de sa créance. Après le deuxième *furtum*, peut-il encore intenter l'action *furti ?* En général, non : *quia desiit ejus interesse, cùm semel sit consecutus*. Toutefois, si le deuxième *furtum* lui était imputable à faute, comme il se trouverait soumis à l'action *pigneratitia*, par cela même il souffrirait de ce *furtum* et il aurait encore l'action *furti* (5).

Le possesseur de bonne foi a l'action *furti*, comme le créancier gagiste. *Sed et bonæ fidei emptori subreptâ re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodùm et creditori* (6).

Un objet mobilier a été volé entre les mains d'un *locator opera-*

(1) L. 46 § 1, D., *De furtis.*

(2) Gaius, III, § 204; Inst., § 14 *De oblig. quæ ex del. nasc.* Ces textes disent, ce que nous savons déjà, que, si la chose engagée est dérobée par le propriétaire lui-même, comme il commet un *furtum possessionis*, il est tenu de l'action *furti*.

(3) L. 12 § 2, D., *De furtis.*

(4) L. 15 pr., D., *De furtis.* Voy. aussi L. 87 *eod. Tit.*

(5) Ulpien, L. 14 § 6, D., *De furtis.*

(6) Inst., § 15 *De oblig. quæ ex del. nasc.*

rum ou d'un *conductor operis* : par exemple, une pièce de drap a été volée chez un tailleur à qui je l'avais remise pour qu'il m'en fît un habit. A qui appartient l'action *furti?* Elle appartient à l'ouvrier, s'il y a quelque faute à lui reprocher et si de plus il est solvable; car, l'ouvrier étant alors tenu de m'indemniser par l'action du contrat intervenu entre nous, c'est véritablement lui qui souffre du *furtum*. Que si au contraire il ne doit ou ne peut m'indemniser, c'est moi qui suis en perte, c'est moi qui exercerai l'action *furti* (1).

Dans l'ancien droit, on faisait la même distinction en ce qui concerne le commodataire : lui aussi est tenu de la faute même légère (2). Mais Justinien a introduit un changement en cette matière. D'après sa Constitution, le commodataire n'a l'action *furti* qu'autant que le commodant le veut bien. Celui-ci est libre d'intenter l'action *commodati directa* contre le commodataire ou d'intenter l'action *furti* contre le voleur; seulement, son choix une fois fait, il ne peut plus changer d'avis. Par cela même qu'il intente l'action *furti*, le commodataire est libéré; par cela même qu'il intente l'action *commodati directa*, pourvu que ce soit en parfaite connaissance de cause, l'action *furti* se trouve appartenir au commodataire (3).

Quant au dépositaire, le principe est qu'il n'a pas l'action *furti* en raison du vol de la chose à lui confiée. En effet, le dépositaire n'est pas tenu de la faute légère, *custodiam non præstat :* le déposant ne peut donc pas, par l'action *depositi directa*, lui demander compte du *furtum*, et ainsi ce n'est pas au dépositaire que le *furtum* cause préjudice (4). — Du reste, il peut être convenu, au moment où intervient un contrat de dépôt, que le dépositaire répondra même de la faute légère. Alors il va de soi que ce dépositaire pourrait avoir l'action *furti* (5).

L'action *furti*, qui appartient, en général, à celui qui souffre du

(1) Gaius, III, § 205; Inst., § 15 *eod. Tit.*
(2) Gaius, III, § 206; Inst., § 16 (1er alinéa) *eod. Tit.*
(3) Inst., même § 16, 2e alinéa.
(4) Gaius, III, § 207; Inst., § 17 *eod. Tit.*
(5) Inst., § 2 *De bonis vi raptis* (IV, 2).

vol, n'appartient cependant pas à un simple créancier : telle est, du moins, la doctrine qui paraît avoir prévalu. *Interdùm accidit*, dit Gaius, *ut non habeat furti actionem is cujus interest rem salvam esse. Ut ecce, creditor, ob rem debitoris subreptam, furti agere non potest, etsi aliundè creditum servare non possit. Loquimur autem scilicet de eâ re quæ pignoris jure obligata non sit* (1). Mais la doctrine contraire a laissé des traces même dans des textes insérés au Digeste (2).—Nous trouvons dans les *Sentences de Paul* une décision assez singulière : *Si res vendita*, dit le jurisconsulte, *antè traditionem subrepta sit*, *emptor et venditor furti agere possunt : utriusque enim interest rem tradi vel tradere* (3). L'idée du jurisconsulte paraît être que le vendeur et l'acheteur exercent chacun pour partie l'action *furti*, à peu près comme l'usufruitier et le nu-propriétaire; mais cela n'avait pas prévalu et ne devait pas prévaloir.

DES *BONA VI RAPTA*.

Le Préteur avait institué une action particulière, l'action *bonorum vi raptorum*, pour le cas où un vol avait été commis avec violence. — Nous remarquerons tout d'abord que ces expressions *bona vi rapta* n'impliquent pas du tout l'idée d'une réunion d'hommes : la violence peut émaner même d'un seul homme. Ce qui caractérise la violence, c'est l'abus de la force à l'encontre d'une personne plus faible.

Nous ne parlerons ici que du *judicium privatum* auquel donne lieu le délit appelé *rapina* ou *bona vi rapta*. Mais il est bon de savoir que le même fait peut aussi donner lieu à un *judicium publicum*. *Si quis se vim passum docere possit*, dit Ulpien, *publico judicio de vi potest experiri*. Quelques jurisconsultes pensaient que le *ju-*

(1) L. 49 pr., D., *De furtis*. Voy. encore Ulpien, L. 14 pr. et § 1, et Papinien, L. 80 pr., D., *De furtis*. Comp. Inst., § 3 *in fine De empt. et vendit.* (III, 23).

(2) Voy. notamment Africain, L. 38 § 1 *in fine*, D., *De solut.* (46, 3).

(3) *Sent. rec.*, II, XXXI, § 17.

dictum privatum ne devait pas être intenté avant le *judicium publicum*. Tel n'est pas l'avis d'Ulpien : *Sed utilius visum est, quamvis præjudicium legi Juliæ de vi privatâ fiat, nihilominùs tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem* (1).

Celui qui par violence s'empare de la chose d'autrui est tenu de l'action *furti* : on l'a dit avec raison, il est un *fur improbus*. Toutefois le Préteur a établi pour ce cas une action particulière, l'action *vi bonorum raptorum*, qui est donnée au quadruple pendant l'année, et ensuite au simple. Cette action peut être employée lors même qu'une seule chose et de peu de valeur aurait été ainsi enlevée par violence (2).

On ne distingue pas ici, comme on distingue dans le cas de vol, si le délinquant est pris ou non *in ipso delicto* : l'action est toujours au quadruple, pourvu qu'elle soit intentée dans l'année. Du reste, et ceci constitue une autre différence avec l'action *furti*, le quadruple ne représente pas seulement la peine, il représente aussi l'indemnité ou la réparation du dommage : *in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit*. Celui qui a intenté l'action *vi bonorum raptorum* ne peut plus *extrinsecùs* intenter une revendication ou une *condictio*. En un mot, cette action est mixte, *comparata tàm rei quàm pœnæ persequendæ causâ*. Ce caractère toutefois lui était encore contesté du temps de Gaius (3).

Comment se calcule le quadruple? que prend-on pour unité? Ici, comme dans l'action *furti*, il faut prendre le *verum rei pretium*. Ulpien le dit dans les termes les plus formels : *In hâc actione intrà annum utilem, verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest* (4). On enseigne communément qu'une règle différente est suivie dans l'action *furti* (5) ; mais c'est une erreur, que nous avons

(1) L. 2 § 1, D., *Vi bonor. rapt.* (47, 8). Voy. aussi Inst., § 8 (1er alinéa) *De publ. judic.* (IV, 18).

(2) Gaius, III, § 209; Inst., pr. (1er alinéa) *De bonis vi raptis* (IV, 2).

(3) Gaius, IV, § 8; Inst., pr. (2e alinéa) *De bonis vi raptis*, et § 19 (au commencement) *De action.* (IV, 6).

(4) L. 2 § 13, D., *Vi bonor. rapt.*

(5) Voy. notamment M. de Savigny, *System*, t. V, append. XII, no 12; et M. Ducaurroy, *Inst. trad. et expliquées*, t. II, no 1147.

déjà réfutée (1). Ulpien emploie, à propos de l'action *furti*, exactement les mêmes expressions qu'il emploie ici à propos de l'action *vi bonorum raptorum*. Les auteurs mêmes qui admettent une différence entre les deux actions reconnaissent qu'il est impossible d'apercevoir sur quel motif elle serait fondée.

La même analogie existe entre les deux actions en ce qui concerne les personnes qui peuvent les intenter. Justinien pose en principe que, dans l'action *vi bonorum raptorum*, il n'est pas nécessaire que la chose soit *in bonis actoris*, que la chose appartienne au demandeur ; il suffit qu'elle soit *ex bonis*, c'est-à-dire que le demandeur souffre du délit. Il ajoute qu'en conséquence l'action peut appartenir au locataire, au commodataire, au créancier gagiste, au dépositaire *qui culpam quoque promisit*, etc. ; et il termine ainsi : *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clàm factâ, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem* (2). Justinien a emprunté cette règle à Ulpien (3). Seulement Ulpien admet que l'action *vi bonorum raptorum* doit être accordée au dépositaire plus facilement que l'action *furti* : *quia non minima differentia est inter eum qui clàm facit et eum qui rapit, cùm ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse suâ vel modicè docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem* (4).

Le locataire, le commodataire, etc., ont l'action *vi bonorum raptorum* parce qu'ils sont tenus de l'action *locati*, de l'action *commodati directa*, etc. Pour être tenus de ces actions, il faut qu'ils soient en faute ; or, si l'on comprend bien qu'il y ait faute de la part du possesseur au cas de simple *furtum*, on le comprend moins facilement au cas de la *rapina*. Comment serais-je en faute pour avoir cédé à une force supérieure ? La réponse est bien simple : il arrivera souvent que *aliqua culpa præcesserit*. Ainsi un homme qui porte des objets précieux se met en route seul, la nuit, dans un pays réputé dangereux : s'il est dépouillé par des bri-

(1) En expliquant la L. 50 pr., D., *De furtis* (ci-dessus, p. 388 et 389).
(2) Inst., § 2 *De bonis vi raptis*.
(3) L. 2 § 23, D., *Vi bonor. rapt.*
(4) Même L. 2, § 24.

ganda, on pourra très-bien dire qu'il a commis une faute, qu'il a été imprudent, en voyageant dans de pareilles circonstances (1).

L'homme qui a été victime d'une *rapina* aura souvent à se demander s'il vaut mieux employer l'action *vi bonorum raptorum* ou l'action *furti*. Cette dernière est évidemment préférable dans les deux cas suivants : 1° s'il y a *furtum manifestum*, puisque, après avoir obtenu le quadruple comme peine, on peut encore intenter utilement la revendication ou la *condictio* ; 2° si l'année est expirée, puisqu'alors l'action *vi bonorum raptorum* ne serait plus donnée que *in simplum*. — Une fois qu'on a exercé l'une des deux actions, peut-on encore exercer l'autre ? Il faut distinguer : *Si antè actum sit vi bonorum raptorum*, dit Paul, *deneganda est furti ; si antè furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in eâ est consequatur* (2).

— La *rapina* comme le *furtum* implique le dol de l'agent. C'est ce que dit Justinien : *Quia ità competit hæc actio si dolo malo quisque rapuerit, qui, aliquo errore inductus, suam rem esse existimans, et imprudens juris, eo animo rapuit quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet : cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit* (3). Il en serait autrement si un créancier gagiste employait la violence pour reprendre la chose qui lui a été engagée : suivant Ulpien, ce créancier pourrait être tenu de l'action *vi bonorum raptorum* (4).

Du reste, des Constitutions impériales ont pourvu à ce que la violence ne reste jamais impunie. *Meliùs divalibus Constitutionibus pro hâc parte prospectum est ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet*. S'il se trouve que la chose appartient bien au ravisseur, il en perdra la propriété ; s'il se trouve qu'elle ne lui appartient pas, alors, après l'avoir restituée, il faudra qu'il en paie la valeur (5). Cette péna-

(1) Voy. Gaius, L. 1 § 4 *in fine*, D., *De oblig. et act.* (44, 7). — L'art. 1807 du Code Napoléon contient une application de la même idée.

(2) L. 1, D., *Vi bonor. rapt.*

(3) Inst., § 1 (1er alinéa) *De bonis vi raptis*.

(4) L. 2 § 18, D., *Vi bonor. rapt.* Ce texte a vraisemblablement été retouché par les commissaires de Justinien.

(5) Inst., § 1 (2e alinéa) *De bonis vi raptis*.

lité paraît remonter à une Constitution rendue, en 389, par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (1).

La même disposition a été étendue aux immeubles. *Quod non solùm in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, Constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quæ circà res soli fiunt, ut ex hâc causâ omni rapinâ homines abstineant* (2). Une Constitution de Constantin faisait la distinction suivante : s'il se trouve que l'auteur de la violence n'est pas propriétaire de l'immeuble, il encourt la déportation et la confiscation de tous ses biens; si au contraire il est propriétaire, il encourt seulement la confiscation de la moitié de l'immeuble (3). Dans le Code de Justinien, cette dernière décision n'est pas reproduite, le ravisseur devant encourir la perte totale de l'immeuble (4).

DE LA LOI AQUILIA.

La loi Aquilia est un plébiscite (5) qui paraît avoir été rendu l'an 468 de la fondation de Rome. Ce plébiscite contenait trois chefs ou chapitres (*capita*) bien distincts. Du reste, une idée commune domine dans toutes les parties du plébiscite : il s'agit d'un *damnum injuriâ datum*. Le délinquant n'est pas coupable d'une simple négligence, d'une *culpa in omittendo*; il y a eu, de sa part, un fait actif.

Voyons d'abord rapidement quel est l'objet de chacun des trois chapitres.

CHAPITRE I. — Celui qui tue *injuriâ* un esclave appartenant à autrui, ou un quadrupède *quæ pecudum numero sit*, également appartenant à autrui, celui-là doit être condamné à payer au

(1) L. 7, C., *Undè vi* (8, 4).
(2) Inst., même § 1, *in fine*.
(3) L. 3, C. Th., *Ad leg. Jul. de vi publ. et priv.* (9, 10).
(4) L. 7, C., *Ad leg. Jul. de vi publ. vel priv.* (9, 12).
(5) Justinien parle de la *plebs romana quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit:* Inst., § 15 *De lege Aquiliâ* (IV, 3).

propriétaire la plus haute valeur que la chose ait eue dans l'année (1).

La loi parle, non pas d'un quadrupède en général, mais de ceux qui paissent en troupeaux. En conséquence, la disposition ne s'applique pas aux animaux sauvages ni aux chiens; elle s'applique aux chevaux, aux mulets, aux ânes, aux bœufs, aux brebis, aux chèvres. Il a été admis qu'elle s'appliquait aussi aux porcs (2). Suivant Gaius, elle s'applique même aux éléphants et aux chameaux : *Elephanti et cameli*, dit-il, *quasi mixti sunt : nàm et jumentorum operam præstant, et natura eorum fera est; et ideò primo capite contineri eos oportet* (3).

La loi suppose que l'esclave ou le quadrupède a été tué *injuriâ*. En effet, il est évident qu'aucune pénalité n'est applicable à l'homme qui n'a fait qu'user de son droit, par exemple à celui qui était dans le cas de légitime défense. *Latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest* (4). — Dire que l'esclave ou le quadrupède a été tué *injuriâ*, c'est dire qu'il y a eu dol ou tout au moins faute de la part de celui qui l'a tué. Ni la loi Aquilia ni aucune autre loi ne punit le *damnum quod sine injuriâ datur : itaque impunitus est qui sine culpâ et dolo malo, casu quodam, damnum committit* (5).

Les Institutes donnent une série d'exemples qui montrent bien quand il y a dol ou faute, quand il y a simple cas fortuit :

Un homme, s'amusant ou s'exerçant à lancer des traits, perce votre esclave : la loi Aquilia s'appliquera-t-elle? Non, s'il s'agit d'un militaire qui s'exerçait dans le Champ de Mars ou dans un autre endroit à ce destiné : *nulla culpa ejus intelligitur*. Oui, s'il s'agit d'un non-militaire, ou même d'un militaire *qui in alio loco quàm qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit* (6). — Il est bien entendu que même un militaire, s'exerçant au Champ

(1) Gaius, III, § 210; Inst., pr. *De lege Aquil.*
(2) Inst., § 1 *De lege Aquil.*
(3) L. 2 § 2, D., *Ad leg. Aquil.* (9, 2).
(4) Inst., § 2 *De lege Aquil.*
(5) Gaius, III, § 211; Inst., § 3 *De lege Aquil.*
(6) Inst., § 4 *De lege Aquil.*

de Mars, serait tenu de la loi Aquilia s'il était prouvé qu'il a visé l'esclave (1).

Un bûcheron, laissant tomber une branche qu'il vient de couper, tue votre esclave. Si c'est le long d'une route ou d'un chemin et qu'il n'ait pas crié pour avertir, il y a faute de sa part. S'il a crié et que l'esclave n'en ait pas tenu compte, aucune faute n'est imputable au bûcheron. Il n'est pas non plus en faute s'il coupait du bois loin de la voie publique, au milieu d'un fonds, lors même qu'il n'aurait pas crié, *quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi* (2).

Un médecin ampute votre esclave; puis il l'abandonne à lui-même, sans prendre les soins nécessaires, ce qui entraîne sa mort. Ce médecin est évidemment en faute (3).

Comme l'impéritie constitue une faute, le médecin serait également tenu s'il avait occasionné la mort de l'esclave en faisant mal l'amputation ou en lui administrant un remède mal à propos (4).

De même, enfin, votre esclave ayant été tué par des mules emportées, le muletier tombe sous le coup de la loi, si c'est par impéritie qu'il n'a pu les retenir, ou si c'est par faiblesse *cùm alius firmior retinere potuisset*. Dites-en autant du cavalier qui n'a pu retenir son cheval *aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam* (5).

— Un fou, qui n'est capable ni de dol ni de faute, ne peut pas être tenu en vertu de la loi Aquilia. Un impubère peut être tenu, si l'on reconnaît qu'il est déjà *injuriæ capax* (6).

— Un esclave ou un quadrupède ayant été tué, il est possible que cela soit imputable à faute à plusieurs personnes : toutes seront tenues *ex lege Aquiliâ* (7).

— Quel est le montant de la condamnation? On nous l'a déjà

(1) Ulpien, L. 9 § 4, D., *Ad leg. Aquil.*
(2) Inst., § 5 *De lege Aquil.*
(3) Inst., § 6 *De lege Aquil.*
(4) Inst., § 7 *De lege Aquil.*
(5) Inst., § 8 *De lege Aquil.*
(6) Ulpien, L. 5 § 2, D., *Ad leg. Aquil.*
(7) Voy. notamment l'espèce bizarre rapportée par Ulpien, L. 11 pr., D. *Ad. leg. Aquil.*

dit, c'est la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède ait eue dans l'année (1). Si donc votre esclave, qui est tué aujourd'hui, était devenu depuis un an boiteux ou manchot, la condamnation que vous obtiendrez sera supérieure à sa valeur actuelle. Justinien en conclut que l'action de la loi Aquilia n'est point donnée contre l'héritier du délinquant (2). Comme nous le verrons un peu plus loin, en parlant des actions pénales (3), il y a là une inexactitude. Il est bien vrai que l'action de la loi Aquilia *in heredem non transit;* mais cela ne tient point à ce que l'action peut être donnée pour une valeur supérieure à celle qu'avait la chose au moment où elle a péri : la preuve en est que l'intransmissibilité existe parfaitement lors même que la chose n'a point changé de valeur pendant toute l'année qui a précédé le jour où elle a péri.

Ce n'est pas seulement la valeur matérielle de la chose, l'*æstimatio perempti corporis*, qui doit être prise en considération ; on a interprété la loi en ce sens qu'il faut tenir compte de tout le dommage qui résulte de ce que la chose a péri. Ainsi, votre esclave avait été institué héritier, il est tué avant d'avoir fait adition par votre ordre : *hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat*. De même, on vous a tué l'une de deux mules qui faisaient la paire, l'un des quatre chevaux qui formaient un quadrige, ou enfin l'un de plusieurs esclaves qui composaient une troupe de comédiens : *id quoque computatur quanti depretiati sunt qui supersunt* (4).

— Celui dont l'esclave a été tué n'a pas seulement le *judicium privatum legis Aquiliæ*, il peut encore soulever une accusation capitale (5). Mais pour cela il ne suffirait pas qu'il y eût eu homicide par imprudence ; il faudrait ce que nous appelons *meurtre* (6) : *Si dolo servus occisus sit*, dit Ulpien, *et lege Cornelia agere dominum*

(1) Inst., pr. *in fine De lege Aquil.*
(2) Inst., § 9 *De lege Aquil.*
(3) Sur les §§ 16 et suiv. du Titre *De action.*, aux Institutes.
(4) Inst., § 10 *De lege Aquil.* Comp. Gaius, III, § 212.
(5) Gaius, III, § 213 ; Inst., § 11 *De lege Aquil.*
(6) Voy. l'art. 295 du Code pénal.

posse constat; et, si lege Aquiliâ egerit, præjudicium fieri Corneliæ non debet (1).

Chapitre II. — Sur ce chapitre II Justinien se borne à dire qu'il n'est plus en usage (2). Quelle disposition contenait ce chapitre? On l'a ignoré jusqu'à la découverte des Institutes de Gaius. Sans doute beaucoup d'interprètes avaient sur ce point donné carrière à leur imagination; mais aucune des conjectures proposées ne s'est trouvée exacte. *Capite secundo*, dit Gaius, *in adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. Quâ et ipsâ parte legis, damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cùm actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod eâ lege adversùs inficiantem in duplum agitur* (3). L'*adstipulator* ayant disparu comme nous le savons déjà (4), le second chapitre de la loi Aquilia devait nécessairement tomber en désuétude.

Chapitre III. — Le troisième chapitre prévoit tout autre dommage qu'une personne me cause par son dol ou par sa faute. Ainsi quelqu'un blesse un esclave ou un quadrupède qui *pecudum numero est;* quelqu'un tue ou blesse soit un chien, soit un animal sauvage. Toute lésion qui atteint les autres animaux ou les choses inanimées est également sous l'empire de ce troisième chapitre (5).

Quel est le montant de la condamnation prononcée en vertu de ce troisième chapitre? L'auteur du dommage doit être condamné, *non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis ea res fuerit* (6). Cette dernière phrase, qui se trouvait probablement dans le texte même de la loi, ne contient pas le mot *plurimi :* elle

(1) L. 23 § 9, D., *Ad leg. Aquil.*

(2) Inst., § 12 *De lege Aquil.*

(3) Comment. III, §§ 215 et 216.

(4) Notamment voy., ci-dessus, p. 237 et 238.

(5) Voy. pour plus de détails, Gaius, III, § 217; Inst., § 13 et § 14 (1er alinéa) *De lege Aquil.*

(6) Gaius, III, § 218 (au commencement); Inst., § 14 (2e alinéa) *De lege Aquil.*

n'exprime pas que le juge doive s'attacher à la plus haute valeur que la chose ait eue dans les trente jours qui précèdent le jour du délit. En conséquence, certains auteurs avaient pensé que le juge était libre de prendre la valeur de la chose à l'un quelconque des trente jours. Mais, suivant Sabinus, dont l'opinion a prévalu, le juge doit prendre la plus haute valeur de la chose pendant les trente jours, tout comme d'après le premier chapitre il doit prendre la plus haute valeur de la chose dans l'année (1).

Il reste à faire plusieurs observations générales, maintenant que nous avons une idée de ce que contenait chacun des chapitres de la loi Aquilia.

Voici d'abord une question sur laquelle on a beaucoup discuté : Mon esclave est blessé mortellement par Primus, puis il reçoit de Secundus le coup de la mort : est-ce le premier chapitre de la loi Aquilia, ou est-ce le troisième, qui doit être appliqué à Primus? A cet égard, les jurisconsultes romains paraissent avoir été divisés. Suivant Julien, le premier chapitre est applicable à Primus comme à Secundus; seulement, le point de départ de l'année ne sera pas le même pour tous deux, et, si, par exemple, l'esclave avait été institué héritier par un tiers dans l'intervalle écoulé entre le délit de Primus et le délit de Secundus, on comprend que la condamnation à prononcer contre Secundus devrait être plus forte que la condamnation à prononcer contre Primus (2). Au contraire, suivant Celsus, Marcellus et Ulpien, c'est bien le premier chapitre de la loi Aquilia qui doit être appliqué à Secundus, mais c'est le troisième qui doit être appliqué à Primus (3). — Y a-t-il véritablement désaccord entre les jurisconsultes? Je ne le crois pas. Je crois, avec M. de Vangerow (4), que les jurisconsultes ont supposé deux espèces un peu différentes. Dans l'espèce supposée par Julien, Secundus a hâté la mort de l'esclave : la blessure faite par Primus aurait amené la mort de l'esclave, et par le fait de Secundus l'esclave est mort plus vite : sa mort peut être imputée à tous deux. Dans

(1) Gaius, III, § 218 (2e alinéa); Inst., § 15 *De lege Aquil.*
(2) L. 51, D., *Ad leg. Aquil.*
(3) L. 11 § 3, D., *Ad leg. Aquil.*
(4) *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 681, p. 607 et suiv.

l'autre espèce, Primus fait à l'esclave une blessure mortelle ; mais, avant que l'esclave n'en soit mort, Secundus le tue (*exanimat*), par exemple, en lui tranchant la tête : alors il est impossible de dire que Primus soit l'auteur de la mort de l'esclave : l'esclave n'est réellement pas mort de la blessure que lui avait faite Primus, bien que cette blessure fût mortelle.

— Supposons que ma chose est détruite par celui-là même à qui je la dois : aurai-je contre lui l'action de la loi Aquilia? A cet égard, Papinien fait une distinction. Si je n'étais pas en demeure de payer ma dette, j'aurai l'action. Si au contraire j'étais en demeure, je serai bien libéré de ma dette, mais je n'aurai pas l'action de la loi Aquilia : *nàm creditor ipse sibi potiùs quàm alii injuriam fecisse videtur* (1). L'idée du jurisconsulte paraît être que pour le créancier la *mora debitoris* équivaut au paiement : le débiteur étant en demeure, c'est comme si le créancier avait déjà reçu la chose.

Paul présente une espèce analogue, mais plus compliquée (2). J'ai promis à Titius Stichus ou Pamphile; Stichus vaut 10, tandis que Pamphile vaut 20; avant que je ne sois en demeure de payer, le créancier tue Stichus : comment appliquerons-nous ici la loi Aquilia? Le créancier doit être traité comme un étranger : *in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor*. J'aurai donc action contre le créancier, non pour 10, mais pour 20, *quanti est quem necesse habeo dare, id est quanti meâ interest*. — Que décider si Pamphile vient à mourir, toujours avant que je ne sois en demeure? *Jàm pretium Stichi minuetur?* n'aurai-je plus droit de demander 20 pour le meurtre de Stichus? Les principes veulent que je conserve ce droit : car, d'après la loi, pour apprécier le dommage que me cause le meurtre de Stichus, il faut se placer au moment même où ce meurtre a été commis ou dans l'année qui a précédé. — De là une conséquence remarquable. Supposons que, Pamphile étant mort, Stichus est tué dans l'année qui suit la mort de Pamphile : j'aurai l'action de la loi Aquilia pour 20, pour la valeur de Pamphile : *etiamsi post mortem Pamphili intrà*

(1) L. 54, D., *Ad leg. Aquil.*
(2) L. 55, D., *Ad leg. Aquil.*

annum Stichus occidatur, pluris videbitur fuisse. En effet, plaçons-nous quelques instants avant la mort de Pamphile, ce qui nous est permis, puisque nous serons encore *intrà annum antequam Stichus occidatur :* alors l'intérêt que j'ai à ce que Stichus ne soit pas tué est précisément égal à la valeur de Pamphile.

L'action directe de la loi Aquilia (en laissant de côté le second chapitre, qui s'applique à un cas particulier) suppose un *damnum corpore corpori datum:* le dommage résulte immédiatement de mon fait corporel, de mon acte physique, et ce dommage consiste en une lésion matérielle. Il semblerait, au premier abord, que les rédacteurs des Institutes (§ 16 *De lege Aquiliâ*) indiquent deux extensions distinctes du principe, l'une s'appliquant au cas où le *damnum* n'a pas été *corpore datum*, l'autre au cas où il n'a pas été *corpori datum*, la première réalisée au moyen d'une action utile, la deuxième réalisée au moyen d'une action *in factum*. Ainsi :

1° Titius jette votre esclave dans la rivière, et l'esclave se noie. On peut bien dire que sa mort résulte immédiatement de l'acte corporel de Titius, et, par conséquent, Titius est tenu de l'action directe : *corpore suo damnum dedisse, eo quod projecerit, non difficiliter intelligi potest* (1): *ideò ipsâ lege Aquiliâ tenetur* (2).

2° Titius a renfermé votre esclave ou votre troupeau, de manière à le faire mourir de faim ; il a poussé si vivement votre cheval qu'il en est mort; il a effrayé votre troupeau, au point de le faire tomber dans un précipice; enfin il a conseillé à votre esclave de monter dans un arbre, de descendre dans un puits, et l'esclave s'est tué ou blessé. Dans tous ces cas, Titius *damnum dedit, non præcipuè corpore suo, sed alio modo.* En effet, l'esclave ou le troupeau a péri, non parce qu'il a été renfermé, mais parce qu'il a manqué de nourriture; l'esclave s'est tué ou blessé, non parce que certaines paroles lui ont été adressées, mais parce qu'il est tombé du haut d'un arbre, etc. Dans tous ces cas, *utilis actio datur* (3).

3° Vous aviez enchaîné votre esclave; Titius, touché de com-

(1) Gaius, III, § 219 *in fine.*
(2) Inst., § 16 (1er alinéa *in fine*) *De lege Aquiliâ.*
(3) Gaius, III, § 219; Inst., § 16 (1er alinéa) *De lege Aquil.*

passion, l'a délié pour lui permettre de se sauver. Ici, évidemment, *nullum corpus læsum fuit* : en conséquence, *cùm non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri* (1).

Il faut remarquer avant tout que, dans les différents cas où le *damnum* n'a pas été *corpore datum*, l'action utile dont parle le texte est véritablement une action *in factum*. En effet, l'action utile, c'est-à-dire l'action au moyen de laquelle on réalise l'extension d'une règle de droit, est toujours ou une action *fictitia* ou une action *in factum*. Or, dans les cas qui nous occupent, on ne comprend guère que, pour leur appliquer le système de la loi Aquilia, il y ait lieu de recourir à une fiction. Aussi avons-nous plusieurs textes positifs qui, dans les cas dont il s'agit, parlent d'action *in factum*. Voici, par exemple, ce que dit Neratius : *Boves alienos in angustum locum coegisti, eoque effectum est ut dejicerentur : datur in te, ad exemplum legis Aquiliæ, in factum actio* (2). De même, Ulpien : *Si servum meum equitantem, concitato equo, effeceris in flumen præcipitari, atque ideò homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit* (3). — Là où l'on comprend bien que l'action utile soit une action *fictitia in jus*, et non pas une action *in factum*, c'est quand la chose détruite ou endommagée est grevée d'un droit d'usufruit ou d'un droit de gage : pour que le créancier gagiste ou l'usufruitier puisse agir, il faut lui donner fictivement une qualité juridique que la loi Aquilia exige, la qualité de propriétaire. Aussi les textes, en cette matière, parlent-ils toujours d'action utile ou d'action *quasi damni injuriæ*, jamais d'action *in factum* (4). — Lorsqu'un homme libre est blessé par la faute ou le dol d'un tiers, il n'a pas l'action directe de la loi Aquilia ; mais on

(1) Inst., § 16 (2e alinéa) *De lege Aquiliâ*. — Si Titius avait délié l'esclave, non pas *misericordiâ ductus*, mais simplement pour lui permettre de s'enfuir, il serait complice d'un *furtum* et tenu de l'action *furti*. C'est ce que dit Ulpien, L. 7 § 7, D., *De dolo malo* (4, 3).

(2) L. 53, D., *Ad leg. Aquil.*

(3) L. 9 § 3, D., *Ad leg. Aquil.*

(4) Ulpien, L. 11 § 10, D., *Ad leg. Aquil.*; L. 17 § 3, D., *De usufr.* (7, 1); Marcellus, L. 27, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1). — Cette action utile serait donnée au créancier gagiste ou à l'usufruitier contre le propriétaire lui-même s'il avait commis le délit : Paul, L. 12 *Ad leg. Aquil.*

lui donne une action utile : *Liber homo,* dit Ulpien, *suo nomine utilem Aquiliæ habet actionem : directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur* (1). Je suis disposé à croire que, dans ce cas particulier, c'est l'action *in factum*, et non l'action fictice, qui peut être employée : il serait bizarre de feindre au profit du demandeur le *dominium membrorum suorum.*

Quant à l'action *in factum* que mentionnent spécialement les Institutes pour le cas où le *damnum* n'a pas été *corpori datum*, on peut se demander si elle est une extension du système de la loi Aquilia, ou si, au contraire, elle n'est pas absolument étrangère à ce système. Quel est l'intérêt de la question? L'intérêt se présente en ce qui concerne les caractères particuliers de l'action *damni injuriæ*, savoir : la règle que *in duplum crescit adversùs inficiantem*, la règle qu'on prend la plus haute valeur que la chose ait eue dans l'année ou dans les trente jours *antè delictum admissum.* Appliquerons-nous ces particularités à notre action *in factum*, comme nous les appliquons certainement à l'action que notre texte appelle *utile?* Je serais tenté de répondre négativement et de considérer que cette action *in factum* arrive plutôt comme subsidiaire de l'action *de dolo*, dans un cas où il a paru trop rigoureux de donner celle-ci : je m'expliquerais ainsi pourquoi Gaius, dans son § 219, ne dit rien de cette action *in factum.* Mais, en y réfléchissant davantage, je suis arrivé à croire que Gaius lui-même était disposé à étendre le système de la loi Aquilia au cas dont il s'agit. En effet, Gaius suppose (Comment. III, § 202) que, *per lasciviam et non datâ operâ ut furtum committeretur*, vous avez dispersé un troupeau en l'effrayant, et que des voleurs en ont profité pour s'emparer des brebis. Evidemment ce cas présente la plus grande analogie avec le cas où, un esclave ayant été enchaîné par son maître, un tiers touché de compassion l'a débarrassé de ses chaînes : car, ni dans l'un ni dans l'autre, il n'y a eu *corpus læsum.* Cependant, que dit Gaius pour le cas du troupeau effarouché? *Videbimus an utilis Aquiliæ actio dari debeat, cùm per legem Aqui-*

(1) L. 13 pr., D., *Ad leg. Aquil.*

liam, quæ de damno lata est, etiam culpa puniatur (1). Du reste, ce qui est assez remarquable, pour ce même cas du troupeau effarouché *per lasciviam* et ensuite volé par un tiers, les Institutes de Justinien se bornent à dire : *In factum actio dari debet* (2).

En somme, ce que je crois le plus sûr, c'est de dire que l'action appelée *in factum*, comme l'action appelée *utilis*, par les rédacteurs du § 16 *De lege Aquiliâ*, est véritablement une *actio utilis legis Aquiliæ*, et que, par conséquent, elle aussi présente les caractères particuliers de l'action directe.

Nous verrons plus tard (3) qu'une personne peut être tenue à la fois, pour le même fait, et de l'action de la loi Aquilia et d'une autre action. Pour le moment, je me borne à donner un exemple : *Si is qui pignori servum accepit, occidit eum vel vulneravit, lege Aquiliâ et pigneratitiâ conveniri potest* (4).

DES INJURES.

Le mot *injuria* a un sens général. Il peut, de plus, être pris dans trois acceptions particulières.

L'injure, en général, c'est tout acte contraire au droit, *omne quod non jure fit*. — Plus spécialement, on appelle *injuria* l'outrage adressé à une personne : *injuria* est alors synonyme de *contumelia, quæ a contemnendo dicta est;* c'est ce que les Grecs appellent ὕβρις. *Injuria* est également pris comme synonyme de *culpa*, en grec ἀδίκημα; c'est ainsi que la loi Aquilia parle du *damnum injuriæ*. Enfin *injuria* signifie quelquefois une iniquité ou une injustice, ce que les Grecs appellent ἀδικία : ainsi celui contre qui le

(1) Il est vrai que les deux mots *Aquiliæ actio* ne sont pas lisibles dans le manuscrit de Vérone; mais ils sont presque nécessairement appelés par ce qui suit.

(2) § 11 (1er alinéa *in fine*) *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1). Comp., ci-dessus, p. 383.

(3) En expliquant le § 1 *in fine*, Inst., *Si quadr. pauper. fec. dic.* (IV, 9).

(4) Paul, L. 18, D., *Ad leg. Aquil.*

Préteur ou le juge rend une sentence injuste, celui-là *injuriam accepisse dicitur* (1).

Nous prenons ici le mot *injuria* dans la première des trois acceptions spéciales, comme synonyme de *contumelia*. Voici des cas dans lesquels on dira qu'il y a injure en ce sens : Un homme est frappé du poing ou frappé de coups de bâton ; quelqu'un, sachant parfaitement que vous ne lui devez rien, se fait envoyer en possession de vos biens, comme si vous étiez son débiteur ; quelqu'un, pour vous déshonorer, écrit, compose, publie, fait écrire, composer ou publier, un libelle ou une satire ; quelqu'un s'attache aux pas d'une *materfamiliâs*, d'un jeune garçon ou d'une jeune fille (2). — Nous remarquerons dès à présent que, pour le délit d'injures comme pour le *furtum*, et à la différence du *damnum injuriâ datum*, il faut toujours l'*animus*, l'intention coupable.

Après ces notions générales, nous examinerons successivement les deux questions suivantes : 1° Quelles personnes sont considérées comme atteintes par l'injure? 2° quels sont les effets légaux qu'entraîne le délit d'injures?

I. Une personne peut être injuriée sans que l'outrage lui soit directement adressé à elle-même. *Patitur quis injuriam, non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; item, per uxorem suam, id enim magis prævaluit.* Je ne suis atteint par l'injure adressée à mon enfant qu'autant qu'il est sous ma puissance. Quant à l'injure adressée à ma femme, Gaius dit qu'elle m'atteint lorsque ma femme est *in manu meâ ;* mais probablement, après quelque hésitation, on a fini par admettre que la *manus* n'est pas nécessaire, et c'est là ce que paraissent signifier ces mots des Institutes, *id enim magis prævaluit* (3). Il est permis de croire que Gaius lui-même était de cet avis. En effet, supposant (§ 221 *in fine*) qu'une injure est adressée à ma fille, qui est mariée à Titius, il dit que l'action d'injures peut être exercée *meo et Titii nomine* (4) : si elle peut être exercée *meo nomine,* c'est que

(1) Inst., pr. *De injuriis* (IV, 4).
(2) Gaius, III, § 220; Inst., § 1 *De injur.*
(3) Gaius, II § 221 ; Inst., § 2 *De injur.*
(4) Cette décision se retrouve aux Institutes de Justinien.

ma fille est sous ma puissance ; or, étant sous ma puissance, il est impossible qu'elle soit en même temps sous la *manus* de son mari Titius (1). — Je suis encore considéré comme atteint par l'injure adressée à ma bru, quand son mari est sous ma puissance (2).

On comprend d'après cela qu'un seul fait d'injure, qu'une injure adressée à une seule personne, puisse faire naître trois ou quatre actions d'injures. Ainsi, l'injure adressée à une femme mariée qui est restée *in patriâ potestate*, et de qui le mari est également *in patriâ potestate*, produit action en la personne de la femme, de son père, de son mari et du père de son mari. — Il est possible, du reste, que l'exercice de plusieurs de ces actions appartienne à un seul, la personne en puissance ne pouvant pas elle-même, en général, intenter une ation.

— L'injure adressée à un esclave ne l'atteint pas lui-même, elle atteint son maître. Cependant le maître n'est pas considéré comme atteint toutes les fois qu'une injure est adressée à son esclave, mais seulement *cùm quid atrocius commissum fuerit et quod apertè ad contumeliam domini respicit*, par exemple si l'esclave a été frappé de coups de bâton (3).

En droit civil, *servis ipsis nulla injuria fieri intelligitur*. Mais le Préteur avait modifié ce principe : *Si quis sic fecit injuriam servo*, dit Ulpien, *ut domino faceret, video dominum injuriarum agere posse suo nomine ; si verò non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta injuria, inulta a Prætore relinqui non debuit, maximè si verberibus vel quæstione fieret : hanc enim et servum sentire palàm est* (4).

L'injure adressée à un *servus communis* peut être considérée comme atteignant ses différents maîtres ; on ne s'attache pas alors à la part qui appartient à chacun dans la propriété de l'esclave, mais à la qualité de chacun (5). — Paul décide le contraire : *Non esse æquum, pro majore parte quàm pro quâ dominus est, damnatio-*

(1) Cela est du moins impossible quand la *manus* est acquise *coemptione*. Voy. Gaius, I, § 136, et notre t. I, p. 320.
(2) Inst., § 2 *in fine De injur.*
(3) Gaius, III, § 222 ; Inst., § 3 *De injur.*
(4) L. 15 § 35, D., *De injur.* (47, 10). Voy. aussi le § 44 de la même L. 15.
(5) Inst., § 4 *De injur.*

nem fieri Pedius ait : et ideò officio judicis portiones æstimandæ erunt (1). Probablement il s'agit dans ce texte de l'action prétorienne donnée *nomine servi*.

S'il s'agit d'un esclave grevé d'usufruit, on présumera que le propriétaire a été injurié plutôt que l'usufruitier (2).

Enfin supposons que vous possédez de bonne foi un homme libre ou l'esclave d'autrui. En principe, ce n'est point vous qui serez considéré comme atteint par l'injure qu'on lui adresse : c'est lui-même ou son véritable maître qui aura l'action *injuriarum*. Seulement, il en serait autrement s'il était prouvé qu'il a été injurié *in contumeliam tuam* (3).

II. La loi des douze Tables (4) avait attaché certaines peines au délit d'injures. *Pœna injuriarum ex lege* XII *Tabularum*, dit Gaius, *propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os verò fractum aut collisum trecentorum assium pœna erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magnâ paupertate satis idoneæ istæ pecuniariæ pœnæ esse* (5).

Du temps de Gaius, à la place de ce système des douze Tables, on suivait un système établi par le Préteur (6). Le Préteur permet à la personne injuriée d'estimer elle-même l'injure : le juge a un pouvoir discrétionnaire pour condamner soit au montant de l'estimation ainsi faite, soit à une somme moindre. Mais le Préteur ayant coutume d'estimer l'injure atroce, lorsqu'il fixe pour quelle somme sera fait le *vadimonium* (7), la même somme est indiquée dans la formule, et le juge, bien qu'il puisse condamner à une somme moindre, n'ose habituellement pas le faire, *propter ipsius*

(1) L. 16, D., *De injur.*

(2) Inst., § 5 *De injur.*

(3) Inst., § 6 *De injur.*

(4) Il s'agit de la 8e Table.

(5) Comment. III, § 223. Comp. Inst., § 7 (1er alinéa) *De injur.* — Suivant Paul (*Sent.*, V, IV, § 6), la loi des douze Tables statuait *de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*.

(6) Paul dit, en parlant de ce second système, qu'il a été introduit *more* ou *moribus* (*eod. loc.*, §§ 6 et 7).

(7) Le *vadimonium* est la promesse faite par le défendeur de se représenter *certo die*. Voy. Gaius, IV, §§ 184 et suiv.

Prætoris auctoritatem (1). — Il faut surtout remarquer dans ce système le pouvoir discrétionnaire laissé au juge. L'appréciation personnelle joue ici le plus grand rôle. On peut supposer deux juges également intègres, également éclairés : saisis de la même *actio injuriarum*, il est à peu près certain qu'ils n'arriveront pas au même chiffre de condamnation.

Dans le droit de Justinien, le système établi par les Préteurs est encore en usage, *in judiciis frequentatur*. L'*æstimatio injuriæ* dépend de la qualité et de l'honnêteté de la personne. S'agit-il même de l'injure faite à un esclave, une certaine gradation doit être observée eu égard à la condition de cet esclave (2).

— Indépendamment de l'action d'injures réglementée par le Préteur, la loi Cornelia en avait introduit une autre en faveur de celui qui prétend avoir été poussé ou frappé ou qui prétend qu'on est entré de force chez lui (3). En vertu de cette loi Cornelia, on peut agir soit *civiliter*, soit *criminaliter* (4).

— Il importe de savoir si l'injure est ou n'est pas atroce. L'atrocité de l'injure peut résulter *ex facto*, *ex loco* ou *ex personâ*. *Ex facto :* la personne a été blessée ou frappée de verges. *Ex loco :* la personne a été injuriée au théâtre ou sur la place publique ou en présence du Préteur. *Ex personâ :* c'est un magistrat qui a été injurié, ou bien l'injure a été faite à un sénateur par un homme de basse condition, à un ascendant ou à un patron par son descendant ou par son affranchi. Justinien ajoute que l'atrocité de l'injure peut encore résulter de la place où l'on est frappé, *veluti si in oculo quis percusserit :* l'injure alors est atroce, sans distinguer si elle a été faite à un *paterfamiliâs* ou à un *filiusfamiliâs* (5). — Quel intérêt pratique y a-t-il à savoir si l'injure est ou n'est pas atroce ? L'intérêt existe sous plusieurs rapports :

1° Comme nous l'avons vu, l'injure adressée à un esclave n'est censée atteindre le maître qu'autant qu'elle est atroce (6).

(1) Gaius, III, § 224. Comp. Inst., § 7 (2e alinéa) *De injur.*
(2) Inst., § 7 (3e alinéa) *De injur.*
(3) Inst., § 8 *De injur.*
(4) Marcien, L. 37 § 1, D., *De injur.*
(5) Gaius, III, § 225 ; Inst., § 9 *De injur.*
(6) Ci-dessus, p. 408.

2° L'action *injuriarum* ne peut être intentée par un affranchi contre son patron, par un enfant *sui juris* contre son ascendant, qu'autant que l'affranchi ou l'enfant se plaint d'avoir reçu une injure atroce (1).

3° La condamnation est plus forte quand l'injure est atroce. Par application de cette idée, nous voyons qu'une injure ayant été adressée à un fils de famille, le coupable peut être condamné plus sévèrement en tant qu'il a injurié le fils, moins sévèrement en tant qu'il a injurié le père, si, par exemple, le fils était revêtu de quelque dignité (2).

4° Enfin nous savons que, du temps de Gaius, c'était habituellement le Préteur lui-même qui estimait l'injure atroce (3).

— L'action *injuriarum* n'est pas donnée seulement contre l'auteur de l'injure, contre celui *qui percussit*. Elle est donnée également contre l'instigateur du délit, contre celui *qui dolo fecit vel curavit ut cui mala pugno percuteretur* (4).

— Le délit d'injures a ceci de particulier que, pour qu'il existe, il ne suffit pas de la mauvaise intention d'un homme, intention même réalisée par des actes : il n'y a délit qu'autant que l'injure est ressentie par celui à qui elle s'adresse. C'est ce qu'on exprime en disant que l'action d'injures *dissimulatione aboletur*. La personne ne se sentant pas offensée, il ne peut naître à son profit aucune action d'injures. *Ideò*, dit Justinien, *si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, posteà, ex pœnitentiâ, remissam injuriam non poterit recolere* (5).

De même qu'il n'y a point délit si dès le principe la personne injuriée a dédaigné l'injure, de même le délit est complétement effacé si la personne qui d'abord s'était émue de l'offense l'a ensuite pardonnée. Aussi l'action *injuriarum* est-elle éteinte *ipso jure* par un simple pacte. Par suite de la même idée, l'action ne peut être intentée que dans l'année, et elle s'évanouit par la mort de celui qui pouvait l'intenter.

(1) Ulpien, L. 7 §§ 2 et 3, D., *De injur.*
(2) L. 30 § 1 et L. 31, D., *De injur.*
(3) Ci-dessus, p. 409.
(4) Inst., § 11 *De injur.*
(5) Inst., § 12 *De injur.*

Une autre particularité de l'action *injuriarum*, c'est qu'elle peut quelquefois être exercée par un fils de famille. Il y avait dans l'Edit du Préteur une disposition ainsi conçue : *Si ei qui in alterius potestate erit injuria facta esse dicetur, et neque is cujus in potestate est præsens erit, neque procurator quisquam existat qui eo nomine agat, causâ cognitâ ipsi qui injuriam accepisse dicetur judicium dabo* (1). — Lorsqu'un fils de famille a été injurié, s'il devient ensuite *sui juris*, à lui seul désormais peut appartenir l'exercice de l'action *injuriarum* (2). — Enfin, lorsqu'un fils de famille a reçu l'une des trois injures prévues par la loi Cornelia, lui seul, non son père, peut intenter l'action civile de cette loi (3).

— Tout délit d'injures permet d'agir soit *criminaliter*, soit *civiliter* (4). Seulement, ici il faut choisir entre l'action criminelle et l'action civile : on ne peut pas exercer l'une et l'autre. Cela s'explique, parce que le but poursuivi est toujours le même : *ut vindicetur, non ut damnum sarciatur* (5). — Lorsque c'est l'action criminelle qui est intentée, elle n'aboutit pas nécessairement à une simple condamnation pécuniaire, mais *officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur* (6).

En général, dans une action criminelle on doit comparaître en personne ; et spécialement, pour la matière qui nous occupe, Paul disait autrefois : *Injuriarum non nisi præsentes accusare possunt* (7). Mais une Constitution de Zénon, rappelée par Justinien, décide que les *viri illustres* et ceux qui sont encore au-dessus d'eux peuvent même par procureur poursuivre l'action criminelle d'injures ou y défendre (8).

(1) L. 17 § 10, D., *De injur.* Dans les §§ suivants, Ulpien commente cette disposition de l'Edit.
(2) Ulpien, L. 17 § 22, D., *De injur.*
(3) Ulpien, L. 5 § 6, D., *De injur.*
(4) Inst., § 10 (1er alinéa) *De injur.*
(5) Voy. Paul, L. 6, et Ulpien, L. 7 § 1, D., *De injur.*
(6) Pour les détails, voy. le Titre, déjà cité, des *Sentences de Paul* (V, IV).
(7) *Sent.*, *Tit. cit.*, § 12.
(8) Inst., § 10 (2e alinéa) *De injur.*

IV. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT *QUASI EX DELICTO.*

Une personne peut se trouver obligée à l'occasion d'un fait illicite qui n'avait pas été considéré anciennement comme constituant à sa charge un délit : c'est le Préteur qui a permis d'intenter contre elle une action *in factum*. On dit alors que cette personne est tenue *quasi ex delicto*, comme si elle avait commis un délit.

Les Institutes indiquent plusieurs hypothèses où l'on est ainsi obligé *quasi ex delicto*.

I. On suppose d'abord un juge *qui litem suam facit*, qui se met dans le cas d'être pris à partie. Par exemple, la formule délivrée par le Préteur contenait une *condemnatio certæ pecuniæ :* le juge a condamné le défendeur à une somme plus forte ou à une somme plus faible. Ou bien il y avait une *taxatio*, l'indication d'un *maximum* que le juge ne devait pas dépasser : il a condamné le défendeur à une somme plus forte (1). Celui des plaideurs qui souffre ainsi de la faute du juge peut le poursuivre. *Judex*, dit Gaius, *non propriè ex maleficio obligatus videtur ; sed, quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccâsse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideò videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de eâ re æquum religioni judicantis visum fuerit, pœnam sustinebit* (2).

Sans doute la partie qui souffre d'une mauvaise sentence, le demandeur qui n'a obtenu qu'une condamnation trop faible ou le défendeur qui a été condamné à une somme trop forte, peut en général interjeter appel. Néanmoins il sera souvent fort utile à cette partie de pouvoir s'en prendre au juge. Pour le comprendre,

(1) Ces deux exemples sont empruntés à Gaius, IV, § 52.

(2) L. 6, D., *De extraordin. cognit.* (50, 13). Comp. L. 5 § 4, D., *De oblig. et action.* (44, 7), et Inst., pr. *De oblig. quæ quasi ex del. nasc.* (IV, 5).

il suffit de supposer que son adversaire est devenu insolvable ou qu'il a disparu au moment où pourrait être rendue la sentence sur l'appel.

Il arrive quelquefois qu'une mauvaise sentence est radicalement nulle, de sorte qu'il n'y a même pas besoin d'interjeter appel. Tel est le cas de la sentence qui va directement contre une règle de droit; tel est aussi le cas de la *sententia venalis*, c'est-à-dire obtenue du juge à prix d'argent (1). La partie contre laquelle une pareille sentence a été rendue peut-elle encore avoir quelque intérêt à s'en prendre au juge? Oui : c'est, par exemple, le demandeur qui a été débouté mal à propos de sa demande, et aujourd'hui il se trouve qu'il est trop tard pour intenter de nouveau cette demande.

II. De l'appartement occupé par Titius quelque chose est tombé ou s'est répandu *ità ut alicui noceretur*. Titius est obligé, et ce sans qu'il y ait à distinguer s'il est propriétaire de l'appartement ou s'il en est locataire ou s'il l'occupe gratuitement. Il est obligé, non pas *propriè ex maleficio*, mais *quasi ex maleficio*, attendu que la plupart du temps il est tenu pour la faute d'un autre, pour la faute d'un esclave ou même d'un homme libre. — A combien Titius sera-t-il condamné? Au double du dommage occasionné. Quant à l'auteur même du dommage, si on le connaît, il est tenu de l'action de la loi Aquilia. — Lorsqu'un homme libre a été tué, il y a lieu à une action populaire, laquelle entraîne une peine de 50 sous d'or. S'il a été seulement blessé, il peut agir et il obtiendra *quantum ob eam rem æquum judici videtur* : évidemment le juge doit tenir compte des honoraires payés aux médecins et des autres dépenses que la blessure a occasionnées, ainsi que de l'impossibilité de travailler où s'est trouvée la personne (2).

Par cela seul que des objets sont placés ou suspendus de manière à pouvoir tomber sur la voie publique *et alicui nocere*, une action

(1) Modestin, L. 19, D., *De appellat.* (49, 1); Dioclétien et Maximien, L. 7, C., *Quandò provoc. non est necesse* (7, 64).

(2) Gaius, L. 5 § 5, D., *De oblig. et action.*; Ulpien, L. 5 § 5, et Gaius, L. 7, D., *De his qui effud.* (9, 3); Inst., § 1 *De oblig. quæ quasi ex del. nasc.*

populaire peut être intentée et une peine de 10 sous d'or prononcée contre celui qui occupe l'appartement (1).

Si l'appartement d'où quelque chose est tombé ou pouvait tomber est occupé par un fils de famille *qui seorsùm a patre habitat*, Julien admettait déjà qu'aucune action ne sera donnée contre le père et que c'est le fils qui sera poursuivi. En effet, le père ne peut pas être poursuivi *de peculio*, attendu que l'action *de peculio* est donnée seulement quand le fils s'est obligé *ex contractu* ou *quasi ex contractu;* et, quant à l'action noxale, il a paru trop dur de la donner dans le cas qui nous occupe. — Lorsqu'un fils de famille est juge et fait le procès sien, c'est également à lui et non à son père que la partie lésée par la sentence devra s'en prendre (2).

III. Le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une écurie, est responsable du *damnum* ou du *furtum* qui peut être commis dans le navire, dans l'auberge, dans l'écurie. Il est tenu *quasi ex maleficio*, en supposant, bien entendu, que le délit a été commis, non par lui-même, mais par quelqu'un de ses employés. Il n'est pas tenu *ex contractu*, et il y a bien à lui reprocher une certaine faute, *quòd operâ malorum hominum uteretur*. L'action *in factum*, donnée contre lui, ne serait pas donnée contre son héritier (3). Cette action *in factum* entraîne une condamnation au double. — Il va sans dire que l'auteur même du délit, si on le connaît, est tenu de l'action *furti* ou de l'action *legis Aquiliæ*.

Il faut bien se garder de confondre avec l'action *in duplum* dont il vient d'être parlé une autre action *in factum* donnée contre les *nautæ*, *caupones, stabularii*, et tendant à la restitution des objets qui leur ont été confiés. Le Préteur disait dans son Édit : *Nautæ, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo* (4).

(1) L. 5 § 13, D., *De his qui effud.;* Inst., même § 1.
(2) Inst., § 2 *De oblig. quæ quasi ex del. nasc.*
(3) Gaius, L. 5 § 6, D., *De oblig. et action.;* Inst., § 3 *De oblig. quæ quasi ex del. nasc.*
(4) L. 1 pr., D., *Nautæ, caupones* (4, 9). Sur cette action, voy. particulièrement Ulpien, L. 3 § 1 *eod. Tit.*



COMMENT S'ÉTEIGNENT LES OBLIGATIONS.

Les obligations s'éteignent soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*. Comme les rédacteurs des Institutes, nous ne parlerons ici que des modes d'extinction *ipso jure*. Mais, dès à présent, il importe de signaler l'intérêt pratique de la distinction. Cet intérêt se présente à plusieurs points de vue :

1° Il se présente au point de vue de la procédure. Sous le système formulaire, le débiteur actionné par le créancier ne peut, en général, invoquer devant le juge un moyen d'extinction *exceptionis ope* qu'autant qu'il a eu soin de faire insérer une exception dans la formule, tandis que le moyen *ipso jure* peut être invoqué quoique la formule n'y fasse aucune allusion particulière. — Sous le système de la procédure extraordinaire, il paraît que dans l'usage un moyen *exceptionis ope* doit être invoqué dès le début de l'instance, *in limine litis*, tandis qu'il est de principe que le moyen *ipso jure* peut être invoqué pendant tout le cours du procès, jusqu'à la sentence. Du reste, le défendeur n'encourait pas nécessairement déchéance lorsqu'il avait oublié de faire valoir tout d'abord son exception : on distinguait, à cet égard, entre l'exception péremptoire et l'exception dilatoire (1).

2° Lorsqu'une obligation est éteinte *ipso jure*, en général toute personne intéressée peut faire valoir la cause d'extinction. Au contraire, quand il existe une exception pour paralyser la demande du créancier, il peut très-bien arriver qu'un seul parmi les intéressés ait le droit de proposer l'exception. Cela se présente notamment, comme nous l'avons déjà vu à propos des obligations corréales, dans le cas du pacte *de non petendo* (2).

3° Quand l'obligation est éteinte *ipso jure*, elle est éteinte d'une manière définitive, il est certain qu'elle ne revivra pas. Au contraire, là où on dit que l'obligation est éteinte *exceptionis ope*, il serait plus exact de dire qu'elle est endormie ou paralysée. La cause de

(1) Dioclétien et Maximien, L. 8, et Julien, L. 12, C., *De exception.* (8, 36).
(2) Ci-dessus, p. 264 et 265.

paralysie peut disparaître, et alors l'obligation se retrouve avec toute sa force. C'est également ce qui arrive dans le cas du pacte *de non petendo* : après qu'il a été convenu entre le créancier et le débiteur que le paiement ne sera pas demandé, il peut très-bien être convenu qu'il sera demandé (1).

Au Titre des Institutes *Quib. modis oblig. toll.* (III, 29), on traite successivement : du paiement et de la dation en paiement, de l'*acceptilatio*, de la novation, du consentement. Je changerai cet ordre : je crois qu'il est convenable de rapprocher la novation du paiement, attendu que ces deux modes d'extinction présentent ce caractère commun qu'ils s'appliquent à toutes les obligations quelles qu'elles soient. Voici donc comment je diviserai cette matière :

1° Du paiement et de la dation en paiement;

2° De la novation;

3° Des cas où le mode d'extinction est analogue au mode d'établissement de l'obligation.

Enfin je donnerai, dans un *appendice*, quelques indications sur certains autres modes d'extinction *ipso jure* non mentionnés dans le Titre des Institutes.

1° *Du paiement et de la dation en paiement.*

Le mot latin *solutio*, qui correspond au mot français *paiement*, est quelquefois pris dans un sens très-large, pour exprimer l'extinction d'une obligation. De même que le mot *obligatio* indique qu'une personne est liée envers une autre, de même le mot *solutio*, d'après son étymologie, exprime très-bien que la personne est déliée, que l'obligation est éteinte. Mais habituellement le mot *solutio* indique la cause d'extinction qui consiste dans l'accomplissement même de ce qui était dû : c'est ainsi que nous avons vu définir l'obligation *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei* (2). Suivant que l'obligation a pour objet une

(1) L'hypothèse est prévue par Paul, L. 27 § 2, D., *De pactis* (2, 14).

(2) Inst., pr. *De oblig.* (III, 13).

dation, une livraison, un fait, *solvere* consistera donc à *dare*, à *tradere*, à *facere*.

Trois questions vont successivement nous occuper, savoir : Qui peut payer? A qui le paiement doit-il être fait? Que doit-on payer?

I. En général, toute personne peut payer. *Nec interest*, dit Justinien, *quis solvat*, *utrùm ipse qui debet, an alius pro eo : liberatur enim et alio solvente*, *sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat* (1). — Non-seulement le paiement ainsi fait par un tiers libère le débiteur, mais il peut même lui faire acquérir un droit. *Si pro me quis solverit creditori meo*, *licet ignorante me*, *adquiritur mihi actio pigneratitia. Item, si quis solverit legata*, *debent discedere legatarii de possessione; alioquin nascitur heredi interdictum*, *ut eos dejicere possit* (2).

Plusieurs personnes étaient tenues à la fois envers le créancier : en recevant de l'une d'elles ce qui lui est dû, il est possible qu'il lui cède ses actions. En cas pareil, nous le savons, l'obligation n'est véritablement pas éteinte : ce n'est pas à elle que s'est appliqué le paiement. Justinien ne s'exprime donc pas d'une manière rigoureusement exacte lorsque, après avoir dit que le paiement fait par le débiteur libère aussi ceux qui sont intervenus pour lui, il ajoute : *Idem ex contrario contingit si fidejussor solverit : non enim solus ipse liberatur*, *sed etiam reus* (3). Cela n'est vrai qu'en faisant abstraction du bénéfice *cedendarum actionum* qui appartient au fidéjusseur (4).

Pour que le paiement fait par un tiers non obligé soit valable, il faut que le tiers l'ait fait en parfaite connaissance de cause. S'il avait payé par erreur, se croyant tenu de la dette, il aurait la *condictio indebiti* (5).

Nous avons dit qu'en général toute personne peut payer. Il y a cependant telle obligation qui régulièrement doit être acquittée

(1) Inst., pr. (2e phrase) *Quib. mod. oblig. toll.*
(2) Marcien, L. 40, D., *De solut.* (46, 3).
(3) Inst., pr. *in fine Quib. mod. oblig. toll.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 285 et suiv.
(5) Pomponius, L. 19 § 1, et Paul, L. 65 § 9, D., *De condict. indeb.* (12, 6).

par le débiteur lui-même, qui ne peut l'être par aucun autre sans le consentement du créancier. *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ et doctrinæ et institutionis : ideò, si navem à se fabricandam quis promiserit, vel insulam ædificandam fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est ut suis operis id perficiat, fidejussor ipse ædificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum...* (1).

Quand il s'agit de l'obligation de donner, pour payer valablement, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore être capable d'aliéner (2). Du reste, le paiement fait par un *non dominus* ou par un incapable se trouvera validé le jour où la revendication contre le créancier sera devenue impossible : nous pouvons supposer que ce créancier a consommé de bonne foi, ou qu'il a usucapé, ou qu'il y a eu ratification soit du véritable propriétaire, soit du *solvens* lui-même aujourd'hui capable (3). — Lors même que le *solvens* est propriétaire et capable d'aliéner, si la chose qu'il donne au créancier se trouve être grevée d'hypothèque au profit d'un tiers, le paiement ne vaudra pas, *quia avocari res possit creditori ab eo qui pignori accepisset* (4).

II. A qui le paiement doit-il être fait pour libérer le débiteur? Au créancier lui-même, à l'*adjectus solutionis gratiâ*, au tuteur ou au curateur du créancier, au mandataire chargé de recevoir. Il peut être fait au *filiusfamiliâs* ou à l'esclave pour les créances de son pécule, ce fils ou cet esclave étant considéré comme un *procurator omnium bonorum*. — Nous avons déjà vu que, si la personne qui avait qualité pour recevoir a perdu cette qualité à l'insu du débiteur, celui-ci se libérerait encore en payant entre ses mains (5). — Le paiement fait au créancier n'est pas valable, si ce créancier est un pupille non autorisé (6). Du reste, ce paiement

(1) Ulpien, L. 31, D., *De solut*. Comp. l'art. 1237 du Code Napoléon.

(2) Inst., § 2 *in fine Quib. alien. licet vel non* (II, 8).

(3) Javolenus, L. 78, et Paul, L. 60, D., *De solut*. Dans la L. 19 § 1, D., *De reb. cred.* (12, 1), Julien examine à la fois le cas où un pupille non autorisé a fait un *mutuum* et le cas où il a fait un paiement.

(4) Pomponius, L. 20, D., *De solut*.

(5) Voy. Inst., § 10 *De mandato* (III, 26), et, ci-dessus, p. 342.

(6) Inst., § 2 *Quib. alien. licet vel non*.

comme celui qui aurait été fait à un tiers n'ayant pas qualité pour recevoir, pourrait ensuite être ratifié (1).

III. Que doit-on payer? Le créancier peut exiger la chose due elle-même, et en totalité, la chose due fût-elle parfaitement divisible. Cette dernière règle souffre cependant plusieurs exceptions importantes : ainsi, quand le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, le créancier ne peut exiger de chaque héritier que sa part; quand la dette est cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, si celui auquel s'adresse le créancier invoque le bénéfice de division, le créancier sera bien contraint de recevoir pour le moment une partie seulement de ce qui lui revient. Une autre exception encore peut se présenter lorsqu'il y a difficulté sur le chiffre de la créance, lorsqu'une partie de la créance est litigieuse: *Quidam existimaverunt*, dit Julien, *neque eum qui decem peteret cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret partem dumtaxat judicio persequi. Sed, in utrâque causâ humanius facturus videtur Prætor si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cùm ad officium ejus pertineat lites deminuere* (2). Il faut convenir que cette doctrine de Julien fournit au débiteur qui voudrait se libérer par à-compte un moyen assez facile de le faire sans le consentement du créancier.

Le débiteur peut se libérer en fournissant autre chose que ce qu'il doit; mais pour cela le consentement du créancier est indispensable (3). Le débiteur qui, du consentement du créancier, donne ainsi *aliud pro alio* est-il bien libéré *ipso jure* comme par le paiement proprement dit? La question était l'objet d'une controverse entre les Sabiniens et les Proculiens : *Quæritur*, dit Gaius, *si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrùm ipso jure liberetur, quod nostris præceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversùs petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversæ scholæ auctoribus visum est* (4). On le voit, les Sabiniens assimilent au paiement la dation en paiement, comme ils

(1) Comp. Marcien, L. 49, D., *De solut.*
(2) L. 21, D., *De reb. cred.*
(3) Inst., pr. (1re phrase) *Quib. mod. oblig. toll.*
(4) Comment. III, § 168.

assimilent à la vente le pacte d'échange ; les Proculiens, au contraire, distinguent du paiement la dation en paiement, comme ils ont distingué l'échange de la vente. Mais, si en matière d'échange c'est la doctrine des Proculiens qui a prévalu, ici, au contraire, en ce qui concerne la dation en paiement, c'est la doctrine des Sabiniens qui l'a emporté. Du moins Justinien met évidemment la dation en paiement sur la même ligne que le paiement lorsqu'il dit : *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit.*

Qu'arriverait-il si le créancier était évincé par un tiers de la chose qu'il a consenti à recevoir en paiement? Nous avons sur ce point deux textes qui paraissent en contradiction l'un avec l'autre. D'une part, Ulpien donne au créancier ainsi évincé une action *utilis ex empto.* Supposant qu'un créancier gagiste a obtenu de l'Empereur *ut pignus possideret* et qu'ensuite il a été évincé, le jurisconsulte dit que ce créancier n'a pas l'action *pigneratitia contraria.* En effet, *videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Imò utilis ex empto accommodata est, quemadmodùm si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit; et compensationem habere potest creditor, si fortè pigneratitiâ vel ex aliâ causâ cum eo agetur* (1). Mais, d'autre part, Marcien enseigne que le créancier évincé se trouve avoir conservé son action primitive, la dation en paiement devant être considérée comme non avenue : *Si quis aliam rem pro aliâ volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Et, si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat : nàm non accepisset re integrâ creditor, nisi pro solido ejus fieret* (2).

Avant tout, voyons quel est l'intérêt de cette question de savoir si le créancier a une action *utilis ex empto* ou si au contraire il se trouve avoir toujours son action primitive. D'une part, avec l'action *utilis ex empto*, le créancier peut réclamer indemnité pour tout le tort que lui cause l'éviction ; mais, d'autre part, ayant conservé son action primitive, il peut toujours se prévaloir des garanties, hypothèques, fidéjusseurs, etc., qui lui avaient été fournies.

(1) L. 24 pr., D., *De pignerat. act.* (13, 7). Voy. aussi Antonin Caracalla L. 4, C., *De eviction.* (8, 45).
(2) L. 46 pr., D., *De solut.*

Parmi les interprètes, il en est d'abord qui ont cherché à concilier les textes.

Suivant Cujas, Ulpien suppose que l'obligation avait pour objet une somme d'argent, qu'ainsi le créancier a reçu *rem pro pecuniâ;* Marcien, au contraire, suppose que l'objet de l'obligation n'était point une somme d'argent, qu'ainsi le créancier a reçu *rem pro re.* Au premier cas, l'arrangement intervenu entre le débiteur et le créancier est une sorte de vente : le créancier achète la chose que lui offre le débiteur, il l'achète pour une somme égale au montant de sa créance, et il y a compensation de cette créance avec sa dette d'acheteur : s'il est ensuite évincé, sa dette d'acheteur n'est pas pour cela effacée, mais il a une action *utilis ex empto* pour se faire indemniser du tort que lui cause l'éviction. Au deuxième cas, l'arrangement ressemble à un échange ou, d'une manière plus générale, à un contrat innomé : *do ut liberer*. Je serais effectivement libéré de ma dette si j'avais transféré la propriété de telle manière que le créancier ne pût pas être évincé; mais, dès qu'il est évincé, le résultat que je voulais atteindre n'a pas pu se produire : je ne suis pas libéré, ou, en d'autres termes, le créancier a conservé contre moi son action primitive. — Cette explication est certainement très-ingénieuse ; elle cadre même assez bien avec les textes d'Ulpien et de Marcien. Malheureusement un texte de Paul vient lui donner un démenti. Un homme, promettant une dot à sa fille (dot qui consiste très-probablement en une somme d'argent), hypothèque pour sûreté de sa promesse un bien déjà hypothéqué à un autre créancier, puis il donne en paiement à son gendre le bien qu'il lui a ainsi hypothéqué ; le gendre ayant été évincé par le premier créancier, Paul décide qu'il peut agir *ex dotis promissione, ac si statuliberum, remve sub conditione legatam, dotis nomine pro filiâ pater solvisset : harum enim rerum solutio non potest, nisi ex eventu, liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas* (1). Ce texte me paraît ébranler singulièrement la doctrine de Cujas : car, je le répète, il est très-probable que le créancier avait reçu *rem pro pecuniâ.*

Une autre conciliation, qui paraît avoir été admise par Po-

(1) L. 98 pr., D., *De solut.*

thier(1), consiste à dire que le créancier peut choisir, suivant son intérêt, entre l'action *utilis ex empto* et l'action primitive, ou même qu'il peut cumuler les avantages de l'une et les avantages de l'autre jusqu'à concurrence de la plus forte des condamnations qu'elles peuvent entraîner. — Je fais remarquer d'abord qu'il y a là une idée manifestement contraire aux textes : car aucun texte ne permet de croire que, dans la pensée de son auteur, le créancier évincé eût deux moyens à sa disposition. — J'ajoute que le système dont il s'agit est également contraire à la logique et à l'équité. *A la logique :* car, de deux choses l'une : ou les parties ont voulu, en faisant l'arrangement qui nous occupe, que le débiteur fût définitivement libéré, et alors le créancier évincé ne peut avoir que l'action *utilis ex empto;* ou, au contraire, leur pensée a été, comme l'exprime Paul, que la libération était conditionnelle, et alors, la condition étant défaillie, le créancier a simplement son action primitive. *A l'équité :* car je ne puis comprendre que le débiteur, surtout quand il a été de bonne foi, soit à la discrétion du créancier, qu'il coure les mauvaises chances et ne puisse en invoquer aucune bonne. On dit, il est vrai, que c'est ce qui arrive dans le cas d'échange, la partie qui a donné la chose pouvant à son gré, quand l'autre n'exécute pas son obligation, intenter la *condictio ob rem dati re non secutâ* ou l'action *præscriptis verbis.* Je réponds que la situation est bien différente : quand j'ai acquis une chose moyennant une obligation que j'ai contractée, c'est à moi à exécuter mon obligation : faute par moi de le faire, la loi n'est que juste en permettant au créancier ou de répéter ce qu'il m'a donné ou de poursuivre l'exécution de mon obligation. — On cherche, il est vrai, à échapper au reproche d'iniquité en disant que par l'action *utilis ex empto* le créancier n'aura pas le droit de se faire tenir compte de la plus-value fortuite que la chose a pu obtenir depuis qu'elle lui a été livrée (2). Mais il serait bizarre que l'action *utilis ex empto* n'eût pas un des caractères essentiels de l'action *empti;* or, nous le savons, au moyen de l'action

(1) *Traité du contrat de vente,* n° 604.
(2) M. Labbé, *De la garantie,* p. 94.

empti l'acheteur évincé est toujours indemnisé du tort que lui cause l'éviction: *evictâ re*, dit Paul, *ex empto actio ad id quod interest competit* (1).

En définitive, je crois qu'il faut renoncer à concilier les différents textes sur lesquels porte la difficulté. A mon sens, les uns sont conçus dans la doctrine des Sabiniens, pour qui la dation en paiement se confond avec le paiement ; les autres sont conçus dans la doctrine des Proculiens, pour qui la dation en paiement est tout autre chose. Pour les Sabiniens, que le créancier soit évincé de l'objet même qui lui était dû, ou qu'il soit évincé de la chose qu'il a consenti à recevoir en paiement, dans les deux cas le résultat doit être le même, dans les deux cas il n'y a réellement rien de fait et le créancier a toujours son action primitive, laquelle n'est éteinte qu'en apparence. Ainsi s'expliquent les décisions de Marcien et de Paul. Pour les Proculiens, au contraire, le débiteur qui offre au créancier de lui donner en paiement un certain objet offre véritablement de lui faire une vente, laquelle donnera lieu à une compensation. Cela est vrai lors même que la créance aurait pour objet autre chose qu'une somme d'argent : car ici nous n'aurons pas de peine à discerner laquelle des parties joue le rôle de vendeur, laquelle le rôle d'acheteur : le débiteur, offrant sa chose au créancier, doit naturellement être considéré comme le vendeur (2). Alors, si le créancier est évincé, il a l'action *utilis ex empto;* s'il s'avisait d'intenter son action primitive, on pourrait lui dire : « Comme acheteur, vous devez une somme précisément égale à ce que vous demandez : puisqu'il y a compensation, votre action peut être paralysée par l'exception *doli mali* » (3). Je crois que c'est à cette doctrine que Justinien aurait dû s'arrêter. Alors les textes de Marcien et de Paul n'auraient pas été insérés au Digeste, et la phrase des Institutes eût été rédigée différemment.

(1) L. 70, D., *De evict.* Voy., ci-dessus, p. 305.

(2) La Constitution de Gordien citée plus haut (p. 301 et 302) paraît faire simplement application d'un principe que tous les jurisconsultes avaient fini par admettre.

(3) Voy. Inst., § 39 (1er alinéa *in fine*) *De action.*

2° *De la novation.*

Ulpien définit ainsi la novation : *Prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio : hoc est cùm ex præcedenti causâ itâ nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a novâ obligatione* (1).— La stipulation est l'instrument employé d'habitude pour opérer la novation: le contrat verbal, en même temps qu'il produit une nouvelle obligation, éteint celle qui existait auparavant. — L'obligation conditionnelle peut-elle être novée même *pendente conditione?* Ulpien dit clairement qu'elle ne le peut pas: *Si quod sub conditione debetur, purè quis novandi causâ stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur; sed tunc novabit cùm exstiterit conditio. Etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secundam transfert. Et ideò, si fortè persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem : quoniam nunc, cùm exstitit conditio, non est persona quæ obligetur* (2). Arrêtons-nous seulement un instant sur l'exemple donné à la fin du texte. J'ai une créance conditionnelle sur Sempronius; voulant faire novation, je stipule de Titius, de manière à obtenir sur lui une nouvelle créance; *pendente adhùc conditione*, Titius est déporté, il encourt la *media capitis deminutio*, ce qui enlève tout effet à sa promesse : Ulpien décide qu'à l'arrivée de la condition, aucune novation ne pourra s'opérer, que par conséquent ma créance primitive aura toute efficacité, attendu qu'il ne se trouve personne sur qui puisse peser la nouvelle obligation. Voilà donc une application du principe que la stipulation faite pour nover une obligation conditionnelle ne produit pas son effet, n'emporte pas novation *hìc et nunc*, mais seulement quand la condition s'est accomplie.

Pour qu'il y ait novation, il faut que la nouvelle obligation diffère en quelque chose de la première. En quoi consistera la dif-

(1) L. 1 pr., D., *De novation.* (46, 2).
(2) L. 14 § 1, D., *De novat.*

férence? A cet égard nous allons successivement examiner trois hypothèses, trois combinaisons qui peuvent se présenter.

I. Il y a changement de débiteur. C'est le cas que nous voyons supposé tout d'abord par Gaius et par Justinien : *novatione tollitur obligatio, veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit : nàm interventu novæ personæ nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem* (1).— La novation ayant ainsi lieu par changement de débiteur, il peut y avoir *expromissio* ou délégation. On dit proprement qu'il y a *expromissio* lorsque le nouveau débiteur est venu s'obliger à la place de l'ancien sans en avoir été chargé par lui. Au contraire la délégation suppose un mandat donné par l'ancien débiteur.

Qu'arriverait-il si le créancier qui veut faire novation stipulait d'une personne qui ne peut pas s'obliger, au moins civilement, par exemple d'un pupille non autorisé ou d'un esclave? Le résultat n'est pas le même dans les deux cas. Quand je stipule *animo novandi* d'un pupille non autorisé, l'obligation primitive est éteinte : *Interdùm*, dit Justinien, *licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur, veluti si id quod tu Titio debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur : nàm et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est* (2). Au contraire, quand je stipule *animo novandi* d'un esclave, Gaius et Justinien admettent que la première obligation n'est pas éteinte : *Non idem juris est si a servo stipulatus fuero : nàm tunc prior proindè adhùc obligatus tenetur ac si posteà a nullo stipulatus fuissem* (3). — Comment peut-on s'expliquer cette distinction? Quand je stipule d'un pupille non autorisé, sans doute il ne peut pas en résulter contre ce pupille une obligation proprement dite; mais il n'y en a pas moins une stipulation valable en la forme,

(1) Gaius, III, § 176 (au commencement); Inst., § 3 (au commencement) *Quib. mod. oblig. toll.*

(2) Gaius met sur la même ligne le cas où le créancier stipule de Titius *post mortem ejus* ou d'une femme non autorisée par son tuteur.

(3) Les rédacteurs des Institutes ont assez mal reproduit ce texte de Gaius; mais évidemment ils ont voulu consacrer sa décision. — Servius Sulpicius décidait qu'il y a novation quand je stipule d'un esclave (voy. Gaius, III, § 179). Nous reviendrons sur sa doctrine.

bien qu'elle soit destituée de son effet ordinaire, en raison de la protection accordée au pupille : cette stipulation est suffisante pour emporter novation : elle a toute la puissance que peut avoir une stipulation, sauf que le pupille ne peut pas s'obliger *sine tutore auctore*. Au contraire, quand je stipule d'un esclave, non-seulement l'esclave n'est pas obligé civilement; mais, à proprement parler, il n'y a même pas là, en droit, une stipulation, attendu que l'esclave par lui-même, *ex personâ suî*, ne peut pas figurer dans une stipulation; il y figure sans doute *ex personâ domini*, mais comme stipulant et non comme promettant : le principe est que, s'il peut bien être pour son maître un instrument d'acquisition, il ne peut pas à l'inverse être pour lui un instrument d'obligation. Il reste donc une stipulation dans laquelle un esclave aurait figuré *ex personâ suî*, c'est-à-dire un acte nul comme stipulation aux yeux du droit civil.

Le créancier qui *animo novandi* a stipulé d'un esclave pourra-t-il donc utilement poursuivre son débiteur primitif? La question avait été débattue. Comme le dit Gaius, *qui pecuniam a servo stipulatus est quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur ne a Titio petat, quæsitum est*. Julien et après lui Gaius proposent plusieurs distinctions : *Julianus ità summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si justam causam intercedendi servus habuit, quia fortè tantumdem pecuniam Titio debuit. Quod si quasi fidejussor intervenit, ex quâ causâ in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem quominus a Titio petat. Æquè nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset* (1).

Que décider si le créancier de Primus, voulant faire novation, a stipulé de Secundus sous condition? La novation elle-même se trouve subordonnée à l'arrivée de la condition. C'est ce que dit encore Gaius : *Si sub conditione stipulatus fuerim a te quod Titius mihi purè deberet, an deficiente conditione si a Titio petam, excep-*

(1) L. 30 § 1, D., *De pactis* (2, 14). Sur l'*intercessio servi*, comp., ci-dessus, p. 273 et 274.

tione pacti conventi et possim et debeam summoveri? Et magis est exceptionem non esse opponendam (1).

II. Il peut y avoir novation par changement de créancier. Justinien n'en parle pas spécialement dans notre Titre. Mais Gaius, après avoir parlé des différentes manières d'acquérir la propriété, ajoute: *Obligationes, quoquo modo contractæ, nihil eorum recipiunt: nàm quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est ut, jubente me, tu ab eo stipuleris. Quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis* (2). Ainsi, à une époque où la cession de créance était encore difficilement admise, la novation par changement de créancier était un moyen, moyen bien défectueux, du reste, d'y suppléer (3).

Supposons que je sois débiteur envers Primus de 100 sous d'or et créancier vis à vis de Secundus de pareille somme. Les rapports qui existent entre nous trois peuvent être simplifiés au moyen d'une délégation : comme en définitive ma créance et ma dette se neutralisent l'une l'autre, il s'agit de les faire disparaître. Je délègue mon débiteur Secundus à mon créancier Primus, c'est-à-dire que sur mon mandat Primus va stipuler de Secundus les 100 sous d'or. Il y a ainsi, pour le délégataire Primus, changement de débiteur, et, pour le délégué Secundus, changement de créancier.

Lorsque le délégué avait un moyen de défense qu'il aurait pu opposer au délégant, pourra-t-il également l'opposer au délégataire? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. D'abord, toutes les fois que le délégué connaissait son moyen de défense, lorsqu'il s'est engagé envers le délégataire, il est considéré avec raison comme ayant renoncé à en faire usage : *Si quis delegaverit debitorem qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem vide-*

(1) Même L. 30, § 2.

(2) Gaius, II, § 38.

(3) Défectueux, pour deux raisons : 1° parce qu'il faut nécessairement le concours du débiteur; 2° parce que les sûretés qui peuvent garantir le paiement de la créance sont détruites par la novation.

tur (1). Mais supposons que le délégué n'a pas connu son moyen de défense : alors il faut voir si le délégataire *certat de lucro captando* ou *de damno vitando*. Lorsqu'il s'agit pour le délégataire de réaliser un bénéfice, il pourra être repoussé comme aurait pu l'être le délégant : *Si pecuniam quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali tueri me potero ; prætereà incerti condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptum faciat stipulationem* (2). Mais il en est autrement lorsqu'il s'agit pour le délégataire de ne pas perdre, et ceci s'applique notamment au mari à qui la délégation a été faite *dotis causâ* : ici le délégué *nullâ quidem exceptione adversùs creditorem uti poterit, quia ille suum recepit; sed is qui delegavit tenetur condictione, vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset. Et ideò, cùm ipse præstiterit pecuniam, aget mandati judicio* (3).

III. Il est possible que le débiteur et le créancier restent les mêmes et qu'il y ait cependant *aliquid novi in posteriore stipulatione* (4). Pas de difficulté si l'objet même de l'obligation est changé. Pas de difficulté non plus si la première obligation était sanctionnée par une action autre qu'une *condictio*. Gaius et Justinien supposent qu'on a soit ajouté soit retranché un terme, et cela se comprend encore très-bien. Rien à dire non plus du cas où l'on a retranché une condition. Mais comment les choses vont-elles se passer dans le cas inverse, là où le changement consiste en ce qu'une condition a été ajoutée ?

Titius me doit purement et simplement l'esclave Stichus ; je stipule de lui *novandi animo* le même esclave Stichus, pour le cas où tel événement arrivera. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'effet de cette stipulation. Voici sur ce point comment s'exprime Gaius : *Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet ut ità dicamus factam novationem si conditio exstiterit; alioquin, si defecerit, durat prior obli-*

(1) Paul, L. 12 (au commencement) *De novat.*

(2) Ulpien, L. 2 § 3, D., *De donat.* (39, 5).

(3) Paul, L. 12, D., *De novat.* Voy. aussi Tryphoninus, L. 78 § 5, D., *De jure dot.* (23, 3).

(4) Gaius, III, § 177 ; Inst., § 3 (2ᵉ alinéa) *Quib. mod. oblig. toll.*

gatio... Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente conditione novationem fieri, et, si defecerit conditio, ex neutrâ causâ agi posse, eoque modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri, et rem perire, quia cum servo agi non potest. Sed in utroque casu alio jure utimur : non enim magis his casibus novatio fit quàm si id quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsûs communio non est, SPONDES *verbo stipulatus sim* (1). Une stipulation conditionnelle n'existe réellement pas tant que la condition n'est pas arrivée. Les principes veulent donc, quelque contraire que cela paraisse à l'intention des parties, qu'il y ait novation seulement quand la condition se sera réalisée. C'est aussi la doctrine que Justinien a consacrée (2).

Mais, cette doctrine une fois admise, quelle idée peuvent avoir les parties lorsque l'une stipule de l'autre sous condition ce que celle-ci doit à celle-là purement et simplement? Il semble qu'elles font un acte absolument insignifiant. En effet, la condition vient-elle à s'accomplir : la nouvelle obligation vaudra, mais elle est identique à l'ancienne; la condition, au contraire, vient-elle à défaillir : l'ancienne obligation subsiste. — La stipulation conditionnelle ainsi faite *novandi animo* peut cependant avoir quelque utilité :

1° Si le débiteur était en demeure, sa demeure se trouve purgée. *Quotiens quod purè debetur,* dit Ulpien, *novandi causâ sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demùm cùm conditio exstiterit. Et ideò, si fortè Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore quo conditio impletur. Undè Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat* (3).

2° On peut soutenir, et certains jurisconsultes soutenaient, que, si la première obligation n'est pas éteinte *ipso jure* par novation tant que la condition n'est pas arrivée, elle est du moins éteinte

(1) Comment. III, § 179.
(2) Inst., § 3 (3e alinéa) *Quib. mod. oblig. toll.*
(3) L. 14 pr., D., *De novat.*

exceptionis ope. « Ne faut-il pas admettre, dit Gaius, que le créancier qui poursuivrait le débiteur pourrait être repoussé par l'exception *doli mali* ou *pacti conventi?* Effectivement il paraît bien avoir été entendu entre les parties que le créancier ne pourrait agir qu'autant que la condition de la deuxième stipulation s'accomplirait » (1). Certes on peut conclure de là que Gaius entendait bien les choses conformément à l'intention des parties. Cependant nous avons vu le même Gaius décider que, si j'ai stipulé conditionnellement de Titius ce que vous me devez purement, vous ne pourrez pas, la condition étant défaillie, me repousser par une exception (2). Paul prévoit directement notre espèce actuelle, celle où vous m'avez promis sous condition ce que vous me deviez purement : que décider si vous me payez *pendente novatione?* La plupart des jurisconsultes, dit-il, sont d'avis que vous pouvez répéter. Cela implique bien que vous avez une exception; mais Paul lui-même ne paraît pas admettre cette doctrine (3).

— Justinien dit qu'il peut y avoir novation quand on ajoute ou quand on retranche un fidéjusseur. Nous savons que le fidéjusseur peut accéder après coup, *sequi obligationem* (4); pour qu'il puisse être question de novation résultant de l'adjonction d'un fidéjusseur, il faut supposer avant tout que l'obligation principale elle-même est renouvelée, que le créancier stipule du débiteur ce que celui-ci lui doit déjà et stipule, de plus, d'un fidéjusseur. — Gaius parle d'un *sponsor*, et non d'un fidéjusseur; il nous apprend que, suivant les Proculiens, *nihil ad novationem proficit sponsoris adjectio aut detractio* (5).

Plusieurs interprètes accusent les rédacteurs des Institutes d'avoir maladroitement remplacé le mot *sponsor* par le mot *fidejussor*. Les uns, pour expliquer que l'adjonction du *sponsor* emporte novation, ont imaginé de dire que le *sponsor* ne peut s'obliger qu'au même instant où s'oblige le débiteur principal; j'ai déjà ré-

(1) Comment. III, § 179.
(2) L. 30 § 2, D., *De pact.* Ci-dessus, p. 427 et 428.
(3) L. 60 § 1, D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(4) Inst., § 3 *De fidej.* (III, 20).
(5) Comment. III, § 178.

futé cette idée (1). Suivant d'autres, par l'adjonction d'un *sponsor* le débiteur est tenu de l'action *depensi*, tout comme par la suppression du *sponsor* il cesse d'être tenu de cette action, et cela constitue un changement des plus notables dans la condition de ce débiteur. Je me borne à répondre que, s'il y a changement, ce n'est pas dans le rapport du débiteur avec le créancier.

Je crois que Gaius a donné ici au mot *sponsor* le sens général d'*adpromissor*, comme nous avons la preuve qu'on le lui donnait quelquefois (2) : les rédacteurs des Institutes n'ont donc pas commis la bévue dont on les accuse, quand ils ont parlé de *fidejussor*. Il est certain qu'on peut ajouter un terme sans faire novation; et pourtant Justinien dit qu'il y a novation *si dies adjiciatur*. Il est certain qu'on peut ajouter un *pignus* sans faire novation, puisque les jurisconsultes disent du *pignus* ce que Justinien dit du fidéjusseur : *obligationem sequi potest* (3); et cependant Justinien indique très-formellement que l'adjonction d'un *pignus* peut emporter novation (4). Pour le fidéjusseur, il en est exactement de même : tout dépend de la volonté des parties. Si les parties veulent que l'obligation primitive subsiste, quoique cautionnée désormais, elle subsistera; mais, si elles veulent qu'elle soit novée, l'adjonction d'un fidéjusseur constitue un changement assez important pour déterminer une novation conformément à leur volonté.

Déjà dans l'ancien droit, il était de principe qu'il ne peut pas y avoir novation si les parties ne l'ont pas voulu: *Hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem cùm novandi animo in secundam obligationem itum fuerat.* Seulement, il fallait rechercher en fait, d'après les circonstances, si cet *animus novandi* avait ou non existé : et l'on comprend sans peine que de grandes difficultés pouvaient souvent se présenter à cet égard. *Dubium erat quandò novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant.* Justinien, pour couper court aux procès,

(1) Ci-dessus, p. 278.
(2) Inst., §§ 1, 3 et 4 *De mandato.*
(3) Marcien, L. 5 pr., D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).
(4) L. 8, C., *De novat.* (8, 42).

a employé un procédé qu'il est permis d'appeler héroïque : il a décidé que désormais on ne pourrait voir une novation que là où les parties auraient exprimé leur volonté de nover, de sorte qu'à défaut de cette expression de volonté l'ancienne obligation sera considérée comme continuant de subsister à côté de la nouvelle (1).

Faut-il entendre la Constitution de Justinien en ce sens que, toutes les fois qu'on n'aura pas exprimé la volonté de remplacer l'ancienne obligation par la nouvelle, les deux obligations devront être exécutées? Rigoureusement, il faut arriver à ce résultat : c'est le seul moyen d'atteindre le but que s'est proposé Justinien, lequel est d'écarter les difficultés de fait et de prévenir les procès. Voici cependant une décision d'Ulpien, qui a été insérée au Digeste, et de laquelle il semble résulter qu'un certain tempérament pouvait être apporté à cette interprétation rigoureuse de la Constitution : Une dot promise au mari par Titius lui est ensuite promise par sa femme : *Si non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur* (2). Evidemment il serait dangereux de généraliser cette décision.

Nous avons admis, bien que Gaius ne le dise nulle part, que les *nomina transcriptitia* pouvaient emporter novation (3).

On dit communément que la *litis contestatio*, au moins dans les *judicia legitima*, emporte novation ; on a même imaginé pour ce cas l'expression *novation nécessaire*. Il est certain que la *litis contestatio* éteint l'obligation qui est déduite *in judicium* : comme le dit Gaius, *tollitur obligatio litis contestatione* (4). Je tiens également pour certain que, si un créancier veut utiliser cet effet extinctif de la *litis contestatio* pour faire une novation par changement de créancier, il le peut parfaitement (5). Mais voir une novation dans l'extinction qu'entraîne forcément la *litis contestatio*, c'est se permettre de réformer la langue des jurisconsultes romains, c'est donner arbitrairement et sans aucune espèce d'utilité au mot

(1) Inst., § 3 (4e alinéa) *Quib. mod. oblig. toll.*; L. 8, C., *De novat.* (8, 42).
(2) L. 8 § 5, D., *De novat.*
(3) Voy., ci-dessus, p. 294.
(4) Comment. III, §§ 180 et 181.
(5) Ulpien, L. 11 § 1, D., *De novat.*; Paul, *Fragm. du Vatican*, § 263.

novatio un sens que certes ils n'ont jamais songé à lui donner, eux pour qui l'*animus novandi* est la condition essentielle de toute novation.

En nous attachant au fond des choses, nous trouvons d'ailleurs une différence considérable entre l'effet de la novation et l'effet de la *litis contestatio*. Comme le dit Paul, *aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, quod nemo dixit lite contestatâ : neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus quæ tempore vel morte finire possunt* (1).

Cette différence entre la novation et la *litis contestatio* nous permet de donner son véritable sens à un petit texte, inséré au Digeste et ainsi conçu : *Lite contestatâ usuræ currunt* (2). Ce texte ne signifie point que la *litis contestatio* fait courir les intérêts : pour les faire courir il suffit souvent de la mise en demeure (3), et d'autres fois ni la *litis contestatio* ni aucun acte ne pourrait les faire courir (4). Que signifie donc notre petit texte? Il signifie que, si une obligation productive d'intérêts est déduite *in judicium*, les intérêts n'en continueront pas moins à courir, tandis qu'au contraire le cours des intérêts s'arrêterait immédiatement si l'obligation était novée. En effet, il est certain que la L. 35 *De usuris* a été extraite du même passage de Paul que la L. 18 *De novat.* : car l'un et l'autre texte porte cette *inscriptio* : PAULUS, *lib.* 57 *ad Edictum*. Or, dans la L. 18 *De novat.*, il est dit : *Novatione legitimè factâ, liberantur hypothecæ et pignus, usuræ non currunt*. Evidemment, le jurisconsulte Paul, dans son commentaire sur le Livre 57 de l'Edit prétorien, présentait le contraste des effets de la novation et des effets de la *litis contestatio*.

Nous aurons encore occasion de revenir sur les effets de la *litis contestatio* et de la sentence du juge.

(1) L. 29, D., *De novat.*
(2) L. 35 *De usuris* (22, 1).
(3) Voy. Papinien, L. 24 *in fine*, D., *Depositi* (16, 3).
(4) Voy. notamment Gaius, II, § 280.

3° *Cas où l'obligation s'éteint par un mode analogue à celui qui a été employé pour la faire naître.*

Ulpien, dans son commentaire sur Sabinus, s'exprime ainsi : *Nihil tàm naturale est quàm eo genere quidque dissolvere quo colligatum est : ideò verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensûs obligatio contrario consensu dissolvitur* (1). Il ne faut pas donner à ce texte une portée trop absolue. En effet, il est incontestable que nous pouvons dire, avec autant de raison : « Le mode d'extinction le plus naturel des obligations, c'est le paiement. » Pour avoir le véritable sens de la pensée d'Ulpien, il faut en restreindre l'application au cas où il s'agit pour le débiteur de se libérer sans qu'il lui en coûte rien.

Du reste, les deux exemples que donne Ulpien et que nous retrouvons dans les Institutes de Justinien (*verborum obligatio*, *nudi consensûs obligatio*) n'ont rien de limitatif. Ainsi, nous voyons dans Gaius que l'obligation du *nexus,* formée *per æs et libram*, s'éteignait aussi *per æs et libram.* Et, sous ce rapport, on assimilait au *nexus* le *judicatus* et l'héritier tenu d'un legs *per damnationem*, pourvu que ce legs fût *certum, pondere vel numero constans* (2). — Il est excessivement probable, quoique Gaius n'en dise rien, que l'obligation contractée *litteris* pouvait aussi s'éteindre *litteris.*

Occupons-nous spécialement de l'*obligatio verborum* et de l'*obligatio nudi consensûs.*

I. L'obligation verbale peut être éteinte au moyen de l'*acceptilatio.* C'est un paiement fictif, *imaginaria solutio. Quod ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri ut patiaris hæc verba me dicere:* QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? *et tu respondeas :* HABEO. Justinien ajoute que cela peut se faire en grec : *Sed et græcè potest acceptum fieri, dummodò sic fiat ut latinis verbis solet :* ἔχεις λαϐὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαϐών (3).

(1) L. 35, D., *De reg. jur.*

(2) Gaius, III, §§ 173-175.

(3) Gaius, III, § 169; Inst., § 1 (1er alinéa) *Quib. mod. oblig. toll.*

Gaius remarque, avec raison, que, si l'*acceptilatio* est un paiement fictif, elle diffère cependant en quelque chose du paiement véritable : une femme en tutelle peut recevoir *sine auctoritate* le paiement de ce qui lui est dû, tandis qu'elle ne peut pas *sine auctoritate* faire *acceptilatio* à son débiteur (1). Le paiement peut être partiel, et alors la dette se trouve éteinte pour partie; du temps de Gaius, on se demandait encore si l'*acceptilatio* peut être valablement faite pour une partie seulement de la dette (2). Du reste, Justinien a tranché cette dernière question dans le sens de l'affirmative : il n'y a donc point de différence, sous ce rapport, entre l'*acceptilatio* et le paiement (3).

L'*acceptilatio* est certainement applicable à l'obligation née d'une stipulation. On nous dit, en termes formels, qu'elle est également applicable à l'obligation née de la *jurata promissio operarum* (4). Nous sommes réduits aux conjectures en ce qui concerne l'obligation résultant de la *dictio dotis;* mais il est à croire que l'obligation dont il s'agit ne différait pas, sous ce rapport, des deux autres sortes d'obligations verbales. On peut notamment invoquer en ce sens les expressions générales employées par Gaius : *consentaneum visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi* (5).

De ce que l'*acceptilatio* équivaut à un paiement et de ce qu'elle est valablement faite à toute personne obligée *verbis,* il résulte une conséquence remarquable : c'est que toute obligation garantie par un fidéjusseur est éteinte, éteinte *ipso jure,* lorsque le créancier fait *acceptilatio* au fidéjusseur (6).

Lorsqu'une obligation ne s'est point formée *verbis*, que, par

(1) Comment. III, § 171. Comp. notre t. I, p. 590.
(2) Comment. III, § 172.
(3) Inst., § 1 *in fine Quib. mod. oblig. toll.*
(4) Ulpien, L. 13 pr., D., *De acceptilat.* (46, 4).
(5) Comment. III, § 170 (1er alinéa).
(6) Ulpien, L. 13 § 7, D., *De acceptilat.* — Ulpien ajoute (§ 8) : *Si legatorum sub conditione relictorum fidejussori dato accepto latum sit, legata debebuntur, posteà conditione eorum existente.* Cela s'explique par deux idées bien simples : la condition apposée à un legs n'a point d'effet rétroactif; l'*acceptilatio,* appliquée à une obligation *nondùm nata,* n'a pas l'effet de l'éteindre quand elle naîtra. Comp. le § 9 de la même L. 13 (ci-dessus, p. 278).

exemple, elle s'est formée *re*, si le créancier veut en faire remise au débiteur de manière à le libérer *ipso jure*, comment devra-t-il s'y prendre? Il commencera par transformer l'obligation en une obligation verbale, au moyen d'une novation; puis à cette obligation verbale il appliquera l'*acceptilatio* (1). — Ce qu'on appelle la *stipulation aquilienne* n'est pas autre chose qu'un développement de cette idée. Lorsqu'une personne est tenue envers une autre à différents titres, en employant la formule de cette stipulation les parties ramènent à une obligation unique les rapports multiples qui existaient entre elles, et cette obligation peut ensuite être éteinte par une *acceptilatio*. *Per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur : stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes.* Nous avons le texte même de la stipulation, telle que l'avait formulée Gallus Aquilius (2).

Qu'arriverait-il si à une obligation formée *re* on avait appliqué immédiatement une *acceptilatio*? L'obligation ne serait certainement pas éteinte *ipso jure;* mais elle pourrait, suivant les cas, être considérée comme éteinte *exceptionis ope*. Voici sur ce point l'observation très-judicieuse que fait Ulpien : *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quœritur. Et, nisi in hoc quoque contrà sensum est, habet pactum. Dicet aliquis, potest ergò non esse consensus! Cur non possit? Fingamus eum qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse : quis dubitat non esse pactum, cùm consensum paciscendi non habuerit* (3)?

II. Les obligations qui se forment *consensu*, dit Justinien, *contrariâ voluntate dissolvuntur*. Ainsi, Titius ayant vendu à Seius le fonds Tusculan pour 100 sous d'or, si, les choses étant encore entières, c'est-à-dire le prix non payé et le fonds non livré, les deux parties conviennent d'anéantir cette vente, elles se libèrent par là même de leurs obligations réciproques de vendeur et d'acheteur (4).

(1) Gaius, III, § 170 *in fine;* Inst., § 1 (3e alinéa) *Quib. mod. oblig. toll.*
(2) Inst., § 2 *Quib. mod. oblig. toll.*
(3) L. 8 pr., D., *De acceptilat.* Comp. L. 19 pr. *eod. Tit.*
(4) Inst., § 4 *Quib. mod. oblig. toll.*

Nous avons supposé les choses encore entières. Maintenant supposons que le vendeur a déjà fait tradition, quand les parties tombent d'accord d'anéantir la vente : peuvent-elles l'anéantir ? Evidemment elles ne peuvent pas, ni *solo consensu* ni autrement, effacer la tradition qui a eu lieu, la faire tenir pour non avenue. Voici seulement ce qu'elles peuvent faire :

1° L'acheteur rend la chose qu'il a reçue ; puis il est convenu que l'exécution des différentes obligations qu'avait produites la vente ne sera pas demandée. Après avoir dit que les obligations consensuelles peuvent être éteintes par le seul consentement *rebus integris*, Neratius ajoute : *Aristoni hoc amplius videbatur : Si ea quæ me ex empto præstare tibi oportet præstitissem, et, cùm tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum ut, rursùs præstitis a te in re venditâ omnibus quæ ego tibi præstitissem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea præstitisses, pretium te debere desinere, quia bonæ fidei, ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest utrùm, integris omnibus in quæ obligati essemus, conveniret ut ab eo negotio discederetur, an, in integrum restitutis his quæ ego tibi præstitissem, consentiremus ne quid tu mihi eo nomine præstares. Illud planè, conventione quæ pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest ut tu, quod jàm ego tibi præstiti, contrà præstare mihi cogaris, quia eo modo non tàm hoc agitur ut a pristino negotio discedamus quàm ut novæ quidem obligationes inter nos constituantur* (1). Nous allons voir immédiatement que cette dernière décision ne doit même pas être prise dans un sens trop absolu.

2° L'acheteur qui a reçu la chose peut la revendre au vendeur pour le même prix qui avait été convenu dans la première vente : alors cet acheteur est obligé de la livrer, mais sa première obligation de payer le prix se trouve éteinte par compensation. *Post traditionem interpositam*, dit l'empereur Gordien, *nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis, retrò agens venditionem, intercesserit* (2).

— Il est possible que, la tradition ayant eu lieu, le vendeur con-

(1) L. 58, D., *De pact.* (2, 14).
(2) L. 1, C., *Quandò licet ab empt. disced.* (4, 45).

vienne simplement avec l'acheteur qu'il ne lui demandera pas le prix. Alors la vente subsiste : l'acheteur continue à posséder *pro emptore;* et, s'il était évincé, il faut admettre en principe qu'il aurait l'action en garantie. Bien que, si le prix lui était demandé par l'action *venditi*, il n'eût pas besoin pour écarter cette demande de faire insérer une exception dans la formule, cependant, à vrai dire, il est libéré *exceptionis ope* et non *ipso jure :* ainsi, en supposant qu'il intervînt une convention en sens inverse de la première, un pacte *de petendo pretio*, notre acheteur pourrait très-bien sur l'action *venditi* être condamné à payer le prix.

— Nous remarquerons, en terminant, que, quand il s'agit d'une obligation naturelle, un simple pacte suffit toujours pour l'éteindre complétement avec tous ses accessoires (1). — Il en est de même de l'action *furti* et de l'action *injuriarum* (2).

APPENDICE. *Autres modes d'extinction* ipso jure.

1° Nous savons déjà que l'obligation de fournir un corps certain se trouve éteinte lorsque ce corps certain vient à périr ou à être mis hors du commerce (3). On peut dire, en termes généraux, que le débiteur est libéré toutes les fois que, sans sa faute, sans son fait, sans qu'il fût en demeure, il survient une cause qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

2° Lorsque le débiteur succède au créancier, ou réciproquement, évidemment il est impossible que l'obligation subsiste avec effet, en ce sens qu'une personne ne peut être liée envers elle-même. Du reste, cette confusion n'a pas toujours l'effet d'un paiement : ainsi, lorsque le créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires succède à l'un d'eux, ce n'est point comme si ce débiteur défunt avait payé toute la dette, il n'y a point extinction de l'obligation : *Potiùs eximit personam ab obligatione quàm tollit obligationem* (4).

(1) Papinien, L. 95 § 4, D., *De solut.* (46, 3).
(2) Paul, L. 17 § 1, D., *De pact.* (2, 14).
(3) Voy. notamment Inst., § 2 *De inutil. stipulat.* (III, 19), et, ci-dessus p. 206 et suiv.
(4) L. 71 pr., D., *De fidej.* (ci-dessus, p. 264). Comp. Papinien, L. 95 §§ 2 et 3, D., *De solut.*

3° En général, lorsqu'une obligation est contractée pour durer *usque ad certum diem* ou *usque ad certam conditionem*, l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition ne libère pas le débiteur *ipso jure*, mais lui fournit seulement une exception (1). Toutefois nous savons que, dans l'ancien droit, le *sponsor* et le *fidepromissor* étaient libérés *ipso jure* par le laps de deux ans (2). L'obligation dont il s'agit avait encore ceci de remarquable qu'elle s'éteignait *ipso jure* à la mort du *sponsor* ou du *fidepromissor* (3).

4° Justinien dit : *Compensationes, quæ jure aperto nituntur, actiones ipso jure minuunt* (4). Nous rechercherons plus tard quel peut être le sens de ces expressions.

5° La *dictio dotis*, comme la stipulation, peut être employée pour nover une dette, et cette dette se trouve alors éteinte *ipso jure*. C'est ce qui arrive lorsque *dos dicitur marito a debitore mulieris quem mulier delegavit* (5). — Ce n'est pas tout : lorsqu'une femme épouse son débiteur, elle peut, au moyen de la *dictio*, comme elle pourrait au moyen de l'*acceptilatio*, se constituer en dot précisément ce que lui doit celui qu'elle épouse : le mari reçoit alors en dot l'avantage d'être libéré de sa dette. Cela était exprimé par plusieurs jurisconsultes, dont les textes, parlant de *dictio dotis*, ont été malheureusement défigurés en passant dans le Digeste (6). Il paraît, du reste, que d'autres jurisconsultes, tels que Marcellus, considéraient la *dictio dotis*, ainsi faite par la femme au mari son débiteur, comme ne pouvant avoir que l'effet d'un *pactum de non petendo* et non celui d'une *acceptilatio* (7).

---

(1) Voy. notamment Inst., § 3 *De verbor. oblig.* (III, 15).
(2) Gaius, III, § 121 (au commencement).
(3) Gaius, III, § 120.
(4) Inst., § 30 *De action.* (IV, 6).
(5) *Fragm. d'Ulpien*, VI, § 1.
(6) Voy. notamment Celsus, L. 58 § 1, et Tryphoninus, L. 77, D., *De jure dot.* (23, 3).
(7) L. 44 § 1, D., *De jure dot.*
Venuleius, dans la L. ?1 § 1, D., *De novat.*, suppose que par la *dictio dotis*

Pour terminer la matière des obligations, avant de passer à la matière des actions, nous allons exposer deux théories fort importantes, celle des *fautes* et celle des *obligations naturelles.*

THÉORIE DES FAUTES.

Il est facile de comprendre que la théorie des fautes se rattache soit à la matière des droits réels, soit à celle des obligations. J'ai la propriété ou l'usufruit d'une chose; cette chose est détruite ou dégradée: si cela est imputable à faute à Titius, je pourrai m'en prendre à lui. Tel est l'objet de la loi Aquilia, laquelle peut ainsi, jusqu'à un certain point, être considérée comme constituant une sanction du droit de propriété. Mais la théorie des fautes se rattache surtout, d'une manière très-étroite, au système des obligations. En effet, lorsque Titius est mon débiteur, s'il y a inexécution totale ou partielle de sa dette, il importe, en général, de savoir si cette inexécution lui est imputable à faute ou si elle provient au contraire d'un cas fortuit, parce que dans le premier cas il restera tenu envers moi, tandis que dans le deuxième il sera libéré.

Le mot *faute*, pris dans un sens très-large, comprend le dol et la faute proprement dite. Il y a dol de ma part lorsque je me conduis d'une certaine manière exprès pour nuire à quelqu'un ou du moins en sachant très-bien que ma conduite sera préjudiciable à quelqu'un. Il y a faute proprement dite lorsque, sans mauvaise intention, j'ai causé à autrui un dommage qui ne se serait pas produit si j'eusse été soigneux et attentif.

A un autre point de vue, on distingue la faute *in omittendo* et la faute *in committendo*. La faute *in omittendo,* c'est la négligence, *desidia ;* la faute *in committendo,* c'est un fait dolosif ou une imprudence. — Je ne réponds pas toujours, envers tout le

on peut obtenir soit une novation, soit l'équivalent d'une *acceptilatio*. Voy. l'explication que je donne de ce texte dans mon traité *Des obligations solidaires en droit romain,* p. 56 et suiv.

monde, de la faute *in omittendo*. D'abord je n'en réponds point envers celui qui n'est pas déjà mon créancier. Ainsi, le feu vient de prendre à votre maison ; je m'en aperçois, je pourrais facilement l'éteindre ; mais je reste tranquille : je ne vous dois point de dommages-intérêts, quoiqu'il ne m'ait manqué qu'un peu de bonne volonté pour conserver votre chose. Au contraire, la *culpa in committendo*, le fait dommageable, j'en réponds en général envers tout le monde. Du reste, pour m'en rendre responsable, tantôt on exige qu'il y ait eu dol de ma part, comme dans le cas de *furtum ;* tantôt on se contente de la *culpa levissima*, comme dans le cas de la loi Aquilia. — En second lieu, même envers mon créancier, je ne réponds pas toujours de la *culpa in omittendo*. Si j'ai promis à Titius de lui donner l'esclave Stichus, et que, dans une maladie dont l'esclave est atteint, je le laisse mourir faute de soins, le jurisconsulte Paul décide que je ne suis pas tenu envers le stipulant (1). Mais, lorsqu'il s'agit d'un créancier qui a contre moi une action *bonæ fidei*, en général il peut me demander compte de ma faute *in omittendo* aussi bien que de ma faute *in committendo :* en d'autres termes, je dois apporter de la diligence à l'exécution du contrat. C'est de ce cas que nous avons spécialement à nous occuper ici.

Dans la faute *in omittendo*, il peut y avoir trois degrés, savoir : dol, faute considérée *in abstracto*, faute considérée *in concreto*. Nous savons quand il y a dol. La faute considérée *in abstracto*, c'est l'omission des soins qu'apporte habituellement à ses affaires un *bonus paterfamiliâs :* dire qu'un certain débiteur répond de la faute *in abstracto*, c'est dire qu'il sera tenu s'il n'a pas fait ce qu'eût fait à sa place un homme soigneux en général. Au contraire, la faute considérée *in concreto*, c'est l'omission des soins que le débiteur lui-même apporte habituellement dans ses propres affaires : dire qu'un certain débiteur répond de la faute *in concreto*, c'est dire qu'il sera tenu s'il n'a pas apporté à l'accomplissement de son obligation les mêmes soins qu'il apporte habituellement quand il s'agit de ses propres affaires. Nous allons voir que, sui-

(1) L. 91 pr., D., *De verbor. oblig.* (45, 1). Voy., ci-dessus, p. 207.

vant la nature du contrat qui est intervenu, le débiteur répond seulement de son dol ou de la faute considérée *in concreto* ou enfin de la faute considérée *in abstracto*.

Les jurisconsultes romains avaient admis que la faute lourde, la *culpa lata*, doit être assimilée au dol, de sorte que le débiteur déclaré responsable de son dol doit par là même être considéré comme répondant également de sa faute lourde : *Magnam negligentiam*, dit Gaius, *placuit in doli crimine cadere* (1). De même, Celsus : *Quod Nerva diceret*, LATIOREM CULPAM DOLUM ESSE, *Proculo displicebat ; mihi verissimum videtur* (2). — Mais que faut-il entendre précisément par cette faute lourde ? Cela signifie d'abord sans difficulté l'omission des soins que prennent même les hommes les moins attentifs : comme le dit Ulpien, *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt* (3). Supposez un homme qui, débiteur d'objets précieux, les abandonne dans un endroit où tout le monde peut venir les prendre. Nous dirons à cet homme : « Vous voudriez qu'ils fussent volés, vous ne feriez pas autrement. » Mais il faut aller plus loin et dire qu'en principe on manque à la bonne foi et par conséquent on commet une faute lourde en n'apportant pas à l'exécution de ses engagements le degré de diligence qu'on a l'habitude d'apporter à ses propres affaires. Cela me paraît conforme à la notion même de la bonne foi. Je conviens cependant que Celsus n'est pas tout à fait aussi affirmatif quand il dit : *Si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret : nec enim salvâ fide minorem iis quàm suis rebus diligentiam præstabit* (4). Le jurisconsulte a choisi une hypothèse dans laquelle évidemment la faute se confond avec le dol.

Un débiteur qui, d'après la nature du contrat, doit répondre même de la faute légère peut valablement convenir qu'il n'en répondra pas, qu'il répondra seulement de son dol ; et, récipro-

(1) L. 1 § 5 *in fine*, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(2) L. 32 (au commencement), D., *Depositi* (16, 3).
(3) L. 213 § 2, D., *De reg. jur.*
(4) L. 32, D., *Depositi*.

quement, celui qui, d'après la nature du contrat, ne doit répondre que de son dol peut valablement convenir qu'il répondra aussi de sa faute. Mais un débiteur ne peut jamais convenir qu'il ne répondra pas de son dol (1).

En l'absence de convention spéciale, de quoi répondent les différents débiteurs tenus d'une action de bonne foi?

1° Lorsqu'il s'agit d'un débiteur qui rend à l'autre partie un service purement gratuit, comme le dépositaire et le commodant, ce débiteur est responsable seulement de son dol. On admet la même règle en ce qui concerne le *mensor*, contre qui le Préteur avait établi une action *in factum* (2). — Par exception, le *negotiorum gestor*, bien que rendant un service purement gratuit, répond et du dol et de la faute (3). Il en est de même du tuteur; mais, quant au mandataire, les jurisconsultes paraissent n'avoir pas été d'accord : *In mandati judicio,* dit Modestin, *dolus, non etiam culpa, deducitur, quamvis singulariter denotare liceat in tutelæ judicio utrumque deduci, cùm solius pupilli, non etiam tutoris, utilitas in administratione versetur* (4). Ulpien, au contraire, traite le mandataire comme le tuteur (5).

2° Lorsqu'il s'agit d'un débiteur qui ne rend point un service purement gratuit, mais qui est intéressé dans l'opération, comme un commodataire ou comme un vendeur, ce débiteur ne répond pas seulement de son dol, il répond aussi de sa faute, et généralement la faute est appréciée *in abstracto*.

3° L'opération est bien intéressée de la part du débiteur; mais, de plus, ce débiteur est co-propriétaire de la chose due: il répond alors de la faute appréciée *in concreto*. Cela s'applique : 1° à l'associé (6); 2° au simple communiste qui n'est point devenu tel par

(1) Ulpien, L. 23 (vers la fin), D., *De reg. jur.*

(2) Ulpien, L. 1 § 1, D., *Si mensor fals. mod. dix.* (11, 6).

(3) Inst., § 1 *in fine De oblig. quasi ex contr.* (III, 27).

(4) *Collatio leg. mosaic.*, Tit. X, ch. II, § 3.

(5) L. 23, D., *De reg. jur.*

(6) Inst., § 9 *De sociel.* (III, 25). *Sufficit talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet : nàm qui parùm diligentem socium sibi adsumpsit, de se queri debet.* Evidemment la raison n'est pas bonne.

l'effet d'un contrat (1); 3° au mari, qui est bien propriétaire unique des choses dotales, mais qui cependant jusqu'à un certain point peut être considéré comme étant co-propriétaire avec la femme (2); 4° à la personne qui, dans l'ancien droit, acquérait une chose *contractâ fiduciâ*, en s'engageant par *fiducie* à la rendre dans une certaine hypothèse (3); 5° à la personne grevée de legs ou de fidéicommis, lorsqu'il doit lui rester quelque chose de la succession (4). — Nous savons que le tuteur répond de sa faute; peut-être faut-il l'apprécier *in concreto*. Telle paraît, du moins, avoir été l'opinion d'Ulpien, qui s'exprime ainsi, en parlant de l'action directe de tutelle : *In omnibus quæ fecit tutor, cùm facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio præstando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam* (5).

Quelle est donc précisément la différence entre la condition de ceux qui répondent seulement de leur dol et la condition de ceux qui répondent bien de leur faute, mais appréciée *in concreto*, par exemple entre la condition du dépositaire et la condition de l'associé ? C'est au point de vue de la preuve qu'existe surtout la différence, c'est au point de vue de la preuve que la condition du dépositaire vaut un peu mieux que celle de l'associé. La chose déposée a péri, le dépositaire ne peut pas la restituer : pour qu'il soit tenu à des dommages-intérêts envers le déposant, il faudra que celui-ci réussisse à prouver que de la part du dépositaire il y a eu dol ou qu'il y a eu une faute que le dépositaire ne commet pas habituellement dans ses propres affaires. Cela résulte de ce que le dol ne se présume pas et de ce que la faute lourde est assimilée au dol. Au contraire un associé, qui avait entre les mains une chose sociale,

(1) Paul, L. 25 § 16, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).

(2) Paul, L. 17 pr., D., *De jure dot.* (23, 3).

(3) D'après la L. 18 pr. *in fine*, D., *Commod.* (13, 6), lorsque le commodat intervient, non pas dans l'intérêt seulement du commodataire, mais dans l'intérêt des deux parties, on peut dire que le commodataire répond de sa faute, *ut ità culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet*. Il est très-probable que Gaius, au lieu de *pignori datis*, avait écrit *fiduciæ datis*.

(4) Ulpien, L. 22 § 3, D., *Ad Senatusc. Trebell.* (36, 1). Comp. Africain, L. 108 § 12, D., *De leg.* 1°.

(5) L. 1 pr., D., *De tutelæ et ration.* (27, 3).

ne peut pas la restituer parce qu'elle a péri : doit-il des dommages-intérêts ? Oui, à moins qu'il ne prouve qu'elle a péri par cas fortuit, ou, si c'est par sa faute, tout au moins qu'il s'agit d'une faute qu'il commettait habituellement dans ses propres affaires. C'est la conséquence du principe général suivant lequel, une fois établi que telle personne a contracté une dette, si elle se prétend libérée, il lui incombe de justifier de la cause qui lui a procuré sa libération.

Le texte fondamental dans cette matière des fautes est un fragment d'Ulpien que j'ai déjà eu l'occasion de citer, la L. 23, D., *De reg. juris* (1). Beaucoup d'interprètes proposent de faire subir à ce texte des corrections ou tout au moins des transpositions ; elles sont toutes arbitraires, et je crois qu'il n'en est pas besoin pour arriver à un sens satisfaisant. Ulpien pose d'abord ce principe : *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam.* Quels sont les contrats dans lesquels le débiteur est tenu seulement de son dol? Ulpien n'en cite que deux : le dépôt et le précaire. Le précaire ressemble beaucoup au commodat. Il en diffère surtout : 1° en ce que le concessionnaire à précaire a la possession *ad interdicta,* tandis que le commodataire *est tantùm in possessione* (2) ; 2° en ce que le concessionnaire à précaire répond uniquement de son dol, tandis que le commodataire répond même de sa faute légère (3). Maintenant, quels sont les cas dans lesquels le débiteur répond et du dol et de la faute? Ulpien cite le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage, la dot, la tutelle, la gestion d'affaires, la société et l'indivision. Pour ces deux derniers cas, la faute s'apprécie *in concreto.* Pour le mandat, pour le commodat, pour la vente, pour le gage, pour le louage, elle s'apprécie *in abstracto.* Reste trois cas dans lesquels on est tenu *quasi ex contractu,* savoir : *dotis datio, tutelæ, negotia gesta.* Dans le dernier, la faute s'apprécie certainement *in abstracto ;* et je crois que c'est là ce qu'Ulpien a voulu exprimer par ces mots : *in his quidem et diligen-*

(1) Les anciens interprètes l'appellent souvent *la Loi* CONTRACTUS, d'après le premier mot.

(2) Voy. notre t. I, p. 439.

(3) Voy. le même Ulpien, L. 8 § 3, D., *De precario* (43, 26).

tiam. Mais, dans les deux autres, je crois qu'Ulpien était d'avis d'apprécier la faute *in concreto* (1).

Le système qui vient d'être rapidement exposé est, au fond, le système de M. Hasse (2).

Anciennement, on suivait un autre système, encore reproduit par Pothier, mais déjà critiqué par Lebrun (3). D'après ce système, il y a trois sortes de fautes : la *culpa lata*, la *culpa levis*, la *culpa levissima*. La *culpa lata*, c'est-à-dire la négligence très-grossière, est la seule dont réponde le débiteur qui rend un service purement gratuit, tel que le dépositaire. La *culpa levis* est l'omission des soins que prennent en général les bons pères de famille : les débiteurs qui répondent et de la *culpa lata* et de la *culpa levis* sont ceux qui sont tenus en vertu d'un contrat intéressé de part et d'autre, comme la vente ou le louage. Enfin la *culpa levissima* est une faute que commettent même des hommes soigneux, à laquelle échappent seulement les hommes d'une diligence extraordinaire : c'est l'omission de soins tellement minutieux que très-peu de personnes les prennent. On rend responsable même de cette *culpa levissima* le débiteur qui reçoit dans le contrat un service purement gratuit, tel que le commodataire. — En faveur de ce système des trois fautes, on invoquait surtout les textes suivants : la L. 5 § 2 *in fine*,

(1) Ulpien dit, à la fin de cette L. 23 : *Animalium casus, mortes quæque sine culpâ accidunt, fugæ servorum qui custodiri non solent... à nullo præstantur.* Cela vient bien à l'appui de l'explication donnée, d'après M. de Savigny, ci-dessus, p. 308 et 309.

(2) *Die Kulpa des rœm. Rechts.* Kiel, 1815. 2e édition, par Bethmann Hollweg, 1838.

(3) Voici, à cet égard, ce que dit Pothier lui-même : « Dans les différents « traités que j'ai donnés des différents contrats et quasi-contrats, j'ai suivi la « doctrine commune de tous les interprètes sur la prestation de la faute qui a « lieu dans chaque contrat, par rapport à la chose qui en fait l'objet... C'est la « doctrine des Accurse, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des « Vinnius, des Heineccius; et ceux mêmes qui se sont le plus appliqués à com- « battre les opinions communément reçues et à proposer des nouveautés, tels « qu'Antoine Faber, ne s'en sont jamais écartés. Néanmoins il a paru, en 1764, « une dissertation *sur la prestation des fautes*, dans laquelle M. Lebrun, avocat « au Parlement de Paris, combat cette doctrine... Cet auteur soutient que la « doctrine que nous avons exposée est une pure invention des interprètes, qui « n'ont pas pris le véritable sens des lois... Quelque spécieux que soient les « arguments par lesquels il prétend établir son système, je n'ai pas été con- « vaincu... »

D., *Commod.*, où il est dit que, le contrat étant uniquement dans l'intérêt du commodataire, *verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam*; — la L. 18 pr. du même Titre, où Gaius dit que le commodataire doit apporter la même diligence *qualem quisque diligentissimus paterfamiliâs suis rebus adhibet, itâ ut tantùm eos casus non præstet quibus resisti non possit* (1); — enfin la L. 1 § 4, D., *De obligat. et act.*, où nous voyons que le commodataire *exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur.*

Ces textes ne sont point probants. En effet, dans la L. 5 § 2 *in fine Commod.*, quand le jurisconsulte, après avoir dit *et culpam præstandam*, ajoute *et diligentiam*, c'est pour exprimer que la faute du commodataire doit être appréciée *in abstracto*. Et, dans les deux autres textes, si on emploie le superlatif, il ne faut y attacher aucune importance : car nous avons la preuve qu'en cette matière on se sert indifféremment du positif ou du superlatif. Ainsi, d'après le système des trois fautes, le locataire répondrait de la *culpa levis*, non de la *culpa levissima;* or, d'après les Institutes, *ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamiliâs suis rebus adhibet* (2). Réciproquement, d'après le système des trois fautes, la diligence du commodataire devrait être *exactissima;* or, d'après les Institutes, *exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur* (3).— D'ailleurs, nous avons des textes formels qui mettent sur la même ligne le vendeur et le commodataire, le cas où le contrat est dans l'intérêt des deux parties et le cas où il est seulement dans l'intérêt de la partie dont il s'agit de déterminer la responsabilité. Voici d'abord ce que dit Paul : *Custodiam venditor talem præstare debet quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quàm in suis rebus adhiberet* (4). Et voici maintenant comment s'exprime Ulpien : *Si cui inspiciendum dedis ive ipsius causâ sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstan-*

(1) Il est à remarquer que Gaius, comme Ulpien, compte expressément parmi les cas fortuits non imputables à faute les *fugæ servorum qui custodiri non solent.*

(2) § 5 *De locat. conduct.* (III, 24).

(3) § 2 *Quib. mod. re contrah. oblig.* (III, 14).

(4) L. 3, D., *De peric. et comm. rei vend.* (18, 6).

dam esse dico, propter utilitatem, periculum non. Si verò mei duntaxat causâ datum est, dolum solum, quia propè depositum hoc accedit (1).

Je suppose un débiteur qui, en vertu du contrat, n'est tenu que du dol et de la faute lourde : c'est, par exemple, un dépositaire. La chose venant à périr par suite de sa *culpa levis in committendo,* ne devons-nous pas dire que, s'il ne peut point être poursuivi par l'action *depositi directa,* il peut du moins l'être par l'action de la loi Aquilia? M. Hasse admet l'affirmative, et sa manière de voir est assez généralement suivie. En effet, il est difficile de comprendre que, parce qu'un homme s'est obligé envers le propriétaire, il ne sera pas tenu d'une faute dont ce propriétaire pourrait demander compte au premier venu. Je suis néanmoins disposé à faire une distinction. J'admets parfaitement la possibilité d'exercer l'action de la loi Aquilia lorsque le fait qui amène la perte de la chose ne s'explique point par le contrat intervenu, lorsque ce fait est étranger à la qualité de dépositaire. Par exemple, on m'a remis à titre de dépôt une caisse contenant un objet précieux et fragile; pour le faire admirer à quelqu'un, j'ouvre la caisse, je retire l'objet, mais malheureusement je le laisse tomber et il se brise : il y a eu là de ma part un acte que ma qualité de dépositaire n'explique pas : je ne suis pas tenu comme dépositaire, car je ne suis coupable ni de dol ni de faute lourde; mais la loi Aquilia m'est applicable comme elle le serait en pareil cas à toute autre personne. Il ne doit plus en être de même lorsque le fait qui amène la perte de la chose se rattache à mon obligation de dépositaire. Ainsi, quand je déménage, il faut bien que j'emporte avec mes propres meubles la chose déposée : si, par suite d'une faute légère, même *in committendo,* cette chose périt dans le voyage, je ne dois pas en être tenu (2).

DES OBLIGATIONS NATURELLES.

L'expression *naturalis obligatio* est prise dans plusieurs sens distincts. Elle désigne souvent une obligation qui est imparfaite en

(1) L. 17 § 2, D., *De præscr. verb.* (19, 5).
(2) Comp. M. de Vangerow, t. III, § 681, p. 612 et suiv.

ce que le débiteur ne peut pas être actionné, ne peut pas être contraint au paiement par une poursuite judiciaire. D'autres fois, quand on dit qu'une obligation est *naturalis*, on veut dire qu'elle a son origine dans le *jus gentium*, qu'elle peut exister entre pérégrins comme entre citoyens romains. C'est à peu près l'idée que veut exprimer Paul, lorsqu'il dit que la *condictio indebiti* est *naturalis* (1). De même, on dit que le pupille, qui n'a pas eu l'*auctoritas tutoris*, peut être actionné *quatenùs locupletior factus est* et qu'il y a là pour lui une *naturalis obligatio* (2). Enfin nous avons un texte très-curieux dans lequel l'obligation résultant d'un *mutuum* est qualifiée *naturalis*, par opposition à celle qui résulte d'une *sponsio* (3).

C'est ainsi que chez nous le mot *obligation naturelle*, qui signifie souvent une obligation que le débiteur n'est pas contraint d'acquitter (C. Nap., art. 1235), est aussi employé pour désigner l'obligation alimentaire dont sont tenus entre eux les enfants et leurs père et mère (C. Nap., art. 349).

On peut se demander dans quel sens Julien prend l'expression qui nous occupe, lorsqu'il dit: *Naturales obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua earum nomine competit, verùm etiam cùm soluta pecunia repeti non potest* (4). Suivant M. de Savigny (5), le jurisconsulte aurait précisément voulu indiquer dans ce texte qu'il y a deux classes d'obligations naturelles, les unes garanties par une action (comme l'obligation qui naît du *mutuum*) et les autres dont le principal effet est d'exclure la *condictio indebiti*. Telle ne me paraît pas avoir été la pensée de Julien : je crois qu'il n'a eu en vue que les obligations naturelles qui ne permettent pas au créancier de faire condamner le débiteur. J'en trouve la preuve dans la suite du texte : *Nàm, licet minùs propriè debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt*

(1) L. 15 pr., D., *De condict. indeb.* (12, 6). Papinien, L. 66 *eod. Tit.*, dit que cette action a été introduite *ex bono et æquo*.

(2) Ulpien, L. 5 pr., D., *De auctorit. et cons. tut.* (26, 8).

(3) Paul, L. 126 § 2, D., *De verbor. oblig.*

(4) L. 16 § 4 (au commencement), D., *De fidej.* (46, 1). La même phrase se trouve dans la L. 10, D., *De oblig. et act.*, empruntée à Paul.

(5) *Das Obligationenrecht*, § 7.

debitores; et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Évidemment cette phrase se réfère exclusivement au débiteur qui ne peut pas être contraint au paiement : c'est celui-là que Julien appelle *naturalis debitor* : certes ce n'est pas d'un homme tenu *ex mutuo* qu'on aurait l'idée de dire que, s'il est qualifié de débiteur, c'est *minùs propriè* ou *per abusionem* (1). En somme, quelle est donc l'idée de Julien? C'est que, s'il peut y avoir obligation naturelle là où il existe une action paralysée par une exception (comme dans le cas du Sénatusconsulte Macédonien), du moins ce n'est point là le signe auquel se reconnaît toute obligation naturelle : il y a obligation naturelle là où, le débiteur ayant payé même par erreur, la *condictio indebiti* n'est pas admise, encore bien qu'il ne pût être question d'aucune action pour le créancier (comme quand un fils de famille ou un esclave s'oblige envers son père ou envers son maître).

C'est des obligations naturelles dans ce sens (obligations en vertu desquelles le débiteur ne peut pas être condamné) que nous avons spécialement à parler ici. Nous rechercherons d'abord les effets attachés à ces obligations naturelles, et ensuite les principaux cas où elles existent.

I. Quels effets peut produire une obligation naturelle en général? J'en signalerai six.

1° L'exclusion de la *condictio indebiti*. Nous venons de voir Julien considérer cette exclusion comme le signe essentiel de l'existence d'une obligation naturelle. Pomponius, faisant allusion au Sénatusconsulte Macédonien, dit également : *Si, pœnæ causâ, ejus cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideò solutum repeti non potest* (2).

(1) Je ne m'arrête pas à l'explication d'après laquelle l'action qui peut exister *obligationis naturalis nomine* atteint, non pas l'homme obligé naturellement, mais celui qui l'a cautionné, celui qui détient une chose hypothéquée à son obligation, etc. Comme le remarque judicieusement M. de Savigny, l'obligation naturelle ne commence pas à exister par suite de cet accident qu'une action devient possible grâce à une fidéjussion ou à une hypothèque : elle existe indépendamment de ces circonstances. Comp. M. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 14.

(2) L. 19 pr., D., *De condict. indeb.* (12, 6). Comp., ci-dessus, p. 367 et 368.

2° Si je suis obligé civilement envers une personne qui elle-même est obligée naturellement envers moi, poursuivi par cette personne, je pourrai très-bien faire valoir, à titre de compensation, l'obligation naturelle qui existe à mon profit : *Etiam quod naturâ debetur*, dit Ulpien, *venit in compensationem* (1).

3° L'obligation naturelle peut servir de base à une fidéjussion : *Fidejussor accipi potest*, dit Julien, *quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur* (2).

4° L'obligation naturelle peut également servir de base à un droit de gage ou d'hypothèque. *Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quâcumque obligatione..., vel pro civili obligatione vel honorariâ vel tantùm naturali* (3).

5° Nous verrons que le pacte de constitut, comme le paiement, ne peut intervenir que là où il existe une obligation (4) ; du reste, peu importe que ce soit une obligation civile ou une obligation naturelle : *debitum vel naturâ sufficit,* dit Ulpien (5).

6° Enfin la novation suppose deux obligations dont l'une remplace l'autre. L'obligation primitive, qu'il s'agit d'éteindre, comme la nouvelle obligation, peut être une obligation simplement naturelle (6).

II. Quels sont les principaux cas dans lesquels les jurisconsultes romains avaient reconnu l'existence d'une obligation naturelle? La liste en est assez longue. J'indique d'abord les cas les plus simples, ceux qui ne donnent pas lieu à difficulté entre les interprètes du droit romain.

1° Toute obligation qui prend naissance entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre ne peut être qu'une obligation naturelle. Nous avons déjà remarque que, pour que

(1) L. 6, D., *De compensat.* (16, 2). Chez nous, la compensation légale ne pourrait pas avoir lieu entre deux obligations dont l'une serait simplement naturelle : car une obligation naturelle n'est pas *exigible*.

(2) L. 16 § 3, D., *De fidej*. Comp. Inst., § 1 *De fidej.* (III, 20).

(3) Marcien, L. 5 pr., D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).

(4) Inst., § 9 *De action.* (IV, 6).

(5) L. 1 § 7, D., *De pec. constit.* (13, 5).

(6) Ulpien, L. 1 § 1, D., *De novat.* (46, 2).

cette obligation naturelle puisse être garantie par un fidéjusseur, il faut nécessairement supposer qu'elle existe au profit du père ou du maître, non au profit du fils ou de l'esclave (1).

2° L'esclave qui contracte une obligation envers un étranger ne s'oblige que naturellement (2).

3° Le débiteur qui encourt la *minima capitis deminutio* reste obligé naturellement. Le Préteur a même établi une *actio fictitia* au profit du créancier (3).

4° Je suppose qu'un créancier se trouve être l'unique héritier de son débiteur : en principe, l'obligation est complétement éteinte. En sera-t-il encore ainsi dans le cas où le créancier n'aura fait adition de l'hérédité de son débiteur que pour la restituer à un tiers en vertu d'un fidéicommis ? Non : comme le créancier ici n'est pas le véritable héritier, comme il n'est qu'un intermédiaire, il subsiste à son profit une obligation naturelle. Je crois qu'il y a là un principe général, dont le jurisconsulte Paul s'est borné à faire l'application dans un cas particulier (4).

5° Un fils de famille a emprunté de l'argent contrairement au Sénatusconsulte Macédonien : si, devenu *sui juris*, il rembourse la somme empruntée, il n'y aura pas lieu à répétition, *quia naturalis obligatio manet* (5). — L'obligation de ce fils de famille, qui emprunte contrairement au Sénatusconsulte, peut-elle donc être efficacement cautionnée ? Il y a là une distinction à faire : Si le fidéjusseur du fils doit avoir un recours contre lui, alors vis à vis du créancier il peut invoquer l'exception du Sénatusconsulte et il est obligé naturellement comme le fils lui-même (6) ; si au contraire le fidéjusseur ne doit pas avoir de recours, s'il a cautionné *animo donandi*, il ne peut pas invoquer l'exception du Sénatusconsulte à l'encontre du créancier, il est obligé civilement. Nous ferons exactement la même distinction si, au lieu d'un fidéjusseur, nous supposons un tiers qui a hypothéqué son bien à l'obligation du fils

(1) Ci-dessus, p. 276 et 277.
(2) Inst., § 1 *De fidej.* Voy. aussi Ulpien, L. 14, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) Ulpien, L. 2 §§ 1 et 2, D., *De capite min.* (4, 5). Comp., ci-dessus, p. 122.
(4) L. 59 pr., D., *Ad Senatusc. Trebell.* (36, 1).
(5) Paul, L. 10, D., *De Senatusc. Maced.* (14, 6).
(6) Inst., § 4 *De replicat.* (IV, 14).

de famille. Au contraire l'exception du Sénatusconsulte Velléien peut toujours être invoquée par le fidéjusseur de la femme *intercedens* ou par le propriétaire du bien hypothéqué à l'engagement de cette femme. Voici seulement deux textes : *Non solùm filiofamiliâs et patri ejus succurritur,* dit Ulpien, *verùm fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi fortè donandi animo intercesserunt : tunc enim, cùm nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit* (1). Quant au Sénatusconsulte Velléien, *si ab eâ muliere quæ contrà Senatusconsultum intercessisset, fidejussorem accepissem, Gaius Cassius respondit, ità demùm fidejussori exceptionem dandam si a muliere rogatus fuisset. Julianus autem rectè putat fidejussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversùs mulierem non habet, quia totam obligationem Senatus improbat...* (2).

6° Le créancier ayant laissé passer le temps qui lui était donné pour agir, ou bien, dans l'ancien droit, la *litis contestatio* n'ayant pas été suivie d'un jugement dans le délai voulu, je crois qu'il subsiste une obligation naturelle. Mais nous reviendrons plus tard sur ce point (3).

7° C'est également plus tard que nous rechercherons en quel sens on peut dire que le *verus debitor*, absous par le juge, reste tenu d'une obligation naturelle (4).

8° Je suis débiteur d'un homme qui, étant magistrat, a refusé de reconnaître la validité d'une dette semblable à celle dont je me trouve aujourd'hui tenu envers lui : je puis me refuser à payer, en invoquant la décision rendue autrefois par mon adversaire actuel. Un Édit avait été rendu en ce sens : *Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse, quandoque adversario postulante, eodem jure uti debet* (5). Mais, du reste,

(1) L. 9 § 3, D., *De Senatusc. Maced.* (14, 6).

(2) L. 16 § 1, D., *Ad Senatusc. Vellei.* (16, 1). Comp. Gaius, L. 2, D., *Quæ res pign.* (20, 3).

(3) A propos du Titre des Institutes *De perp. et tempor. act.* (IV, 12).

(4) L. 60 pr., D., *De condict. indeb.* (12, 6). Nous y reviendrons, à propos du § 5, Inst., *De except.* (IV, 13).

(5) L. 1 § 1, D., *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (2, 2).

ex hâc causâ solutum repeti non posse Julianus putat : superesse enim naturalem causam quæ inhibet repetitionem (1).

9° Le pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris* est-il obligé naturellement ? Nous savons déjà que, conformément à un rescrit d'Antonin le Pieux, ce pupille peut être poursuivi, ou, en d'autres termes, qu'il est obligé civilement, *quatenùs locupletior factus est* (2). Mais que décider, en supposant, d'une part, qu'il n'y a pas enrichissement, et, d'autre part, que le pupille était d'âge à comprendre ce qu'il faisait, à donner un véritable consentement ? La plupart des jurisconsultes, et les plus illustres, admettent que ce pupille est obligé naturellement : il me suffira de dire que telle est la doctrine de Scévola, de Papinien, d'Ulpien et de Paul (3). Au Digeste, deux textes seulement, l'un de Neratius (4), l'autre de Licinnius Rufinus (5), sont conçus dans la doctrine contraire. On peut soutenir aussi que Gaius n'admettait pas l'obligation naturelle du pupille non autorisé : en effet, Gaius dit, en parlant du pupille : *non est obligatus,* tandis que, parlant d'un esclave qui contracte avec son maître ou avec un étranger, il reconnaît très-expressément que cet esclave est tenu d'une *obligatio naturalis* (6). — Je crois qu'il ne faut point chercher à mettre d'accord ces différents jurisconsultes : il y a eu réellement divergence entre eux. Mais l'opinion qui a fini par prévaloir, c'est que, de la part du pupille non autorisé, à défaut d'obligation civile, peut naître du moins une obligation naturelle.

10° Le pacte, quand il ne produit pas d'action, produit-il du moins une obligation naturelle ? L'affirmative paraît tout d'abord bien probable. En effet, d'une part, Papinien appelle l'obligation naturelle un *vinculum æquitatis ;* et, d'autre part, Ulpien, à propos de la partie de l'Edit consacrée aux pactes, s'exprime ainsi : *Hujus Edicti æquitas naturalis est : quid enim tàm congruum fidei huma-*

(1) Ulpien, L. 3 § 7 *eod. Tit.*

(2) Ulpien, L. 1 pr. et L. 5 pr., D., *De auctorit. et cons. tut.* (26, 8).

(3) Voy. L. 127, D., *De verbor. oblig.* (45, 1); L. 95 §§ 2 et 4, D., *De solut.* (46, 3); L. 25 § 1 *Quandò dies legat.* (36, 2); L. 1 § 1, D., *De novat.* (46, 2); L. 3 § 4, D., *De neg. gest.* (3, 5); L. 21 pr., D., *Ad leg. Falcid.* (35, 2).

(4) L. 41 *De condict. indeb.* (12, 6).

(5) L. 59 *De obligat. et act.* (44, 7).

(6) Comment. III, § 119.

næ quàm ea quæ inter eos placuerunt servare (1)? Paul dit, de son côté : *Is naturâ debet quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus* (2). Spécialement, lorsqu'au prêt d'une somme d'argent on ajoute un pacte portant que l'emprunteur devra des intérêts, les intérêts ainsi convenus sont dus naturellement et le paiement peut en être garanti par un gage (3). Je crois qu'il n'y a là autre chose qu'une application particulière d'une règle générale d'après laquelle le pacte peut toujours produire une obligation naturelle conformément à l'intention des parties. Cependant on a fait des objections, qui demandent à être examinées avec soin :

Une première objection se tire d'un texte d'Ulpien, ainsi conçu : *Si quis ità interroget*, DABIS? *responderit*, QUIDNI? *is utique in eâ causâ est ut obligetur. Contrà si sine verbis adnuisset. Non tantùm autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur qui ità adnuit, et ideò rectè dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem* (4). Ainsi, j'interroge Titius : *Promettez-vous de me donner* 100 *sous d'or?* Il manifeste son consentement par un signe de tête. Il est bien certain que Titius n'est pas obligé *ex stipulatione*, puisqu'il n'y a pas eu échange de paroles : il n'est pas obligé civilement. Mais le jurisconsulte ajoute qu'il n'est même pas obligé naturellement, et qu'en conséquence un fidéjusseur ne pourrait pas intervenir pour lui. N'est-ce pas la preuve que le pacte n'a pas la puissance de produire une obligation naturelle? — Je réponds qu'ici les parties ne se sont réellement pas mises d'accord. L'une a fait ce qu'elle a pu pour faire naître une obligation civile, l'autre a fait ce qu'elle a pu pour faire naître une obligation naturelle ; mais, en définitive, leurs volontés ne se sont pas rencontrées. Il y a là une opération manquée, à laquelle on comprend très-bien que le jurisconsulte ne veuille attacher absolument aucun effet. C'est le cas de dire que, quand il y a doute sur le point de savoir si une obligation a pu prendre naissance, *propensiores esse debemus, si habeamus occasionem, ad negandum* (5).

(1) L. 1 pr., D., *De pact.* (2, 14).
(2) L. 84 § 1, D., *De reg. jur.*
(3) Ulpien, L. 5 § 2, D., *De solut.* (46, 3), et L. 11 § 3, D., *De pignerat. act.* (13, 7).
(4) L. 1 § 2, D., *De verbor oblig.*
(5) Arrianus, cité par Paul, L. 47, D., *De oblig. et act.*

J'arrive à la deuxième objection. Dans le pacte d'échange, dit-on, quand il est convenu que je vous donnerai mon cheval et que vous me donnerez votre esclave, si, ayant reçu mon cheval, vous ne me donnez pas votre esclave, je puis répéter contre vous mon cheval : c'est que je n'étais pas obligé naturellement à vous le donner, et cependant un pacte était intervenu entre nous. — Il y a là, si je ne me trompe, une confusion. Celui qui a donné son cheval ne l'a pas donné pour exécuter un pacte : il l'a donné sans être d'abord convenu qu'il le donnerait : comme l'indique la formule reçue *do ut des*, il l'a donné pour obliger l'autre partie à lui faire de son côté une dation. D'ailleurs, ce qui est exclu par l'existence d'une obligation naturelle, c'est la *condictio indebiti;* or la *condictio* exercée par celui qui a donné sa chose pour recevoir la vôtre est une *condictio* d'une tout autre espèce.

J'indique, en terminant, trois hypothèses dans lesquelles nous trouvons certains caractères, mais non pas tous les caractères de l'obligation naturelle :

1° Une femme, croyant devoir une dot à son mari, lui donne quelque chose *dotis nomine :* elle ne pourra pas répéter, dit Julien : *Sublatâ enim falsâ opinione relinquitur pietatis causa, ex quâ solutum repeti non potest* (1). Évidemment on ne saurait dire que pour toute femme qui se marie il y a obligation naturelle de se doter. La *condictio indebiti* est exclue; mais, en raison de l'indétermination de l'objet, il ne peut pas même être question des autres effets de l'obligation naturelle. La *pietatis causa* n'a sans doute été imaginée qu'en vue de la prohibition des donations entre époux.

2° Un affranchi, croyant devoir à son patron certains services (*operæ officiales*), les lui a rendus : bien qu'il les ait rendus par erreur, il ne peut pas répéter : *naturâ enim operas libertus patrono debet* (2). Il faut faire ici la même observation que sur l'hypothèse précédente : il y a bien exclusion de la *condictio indebiti*, mais il n'y a pas les autres effets de l'obligation naturelle.

3° Certains débiteurs peuvent invoquer ce qu'on appelle le *bé-*

(1) L. 32 § 2, D., *De condict. indeb.*
(2) Julien et Ulpien, L. 26 § 12, D., *De condict. indeb.*

néfice de compétence : ils sont condamnés, *non quatenùs debent,* mais *quatenùs facere possunt*. Pour le surplus, quelle est leur condition ? Nous verrons qu'en réalité ils restent obligés civilement (1).

(1) Inst., §§ 36 et suiv. *De action.* (IV, 6).

LIVRE QUATRIÈME.

DES ACTIONS, DES EXCEPTIONS, DES INTERDITS.

L'action suppose une personne qui réclame contre une injustice, une personne qui prétend que son droit est méconnu. Le mot *action* désigne soit le droit de recourir à l'autorité publique pour qu'elle fasse cesser l'injustice dont on se plaint, soit le recours même qu'on exerce ainsi auprès de l'autorité publique, c'est-à-dire le procès ou l'instance qu'on engage. Les actions ont été qualifiées quelquefois, et l'expression est assez heureuse, *droits sanctionnateurs*.

On nous dit, aux Institutes : *Actio nihil aliud est quàm jus persequendi iudicio quod sibi debetur* (1). Cette définition, empruntée au jurisconsulte Celsus, se rattache au système de procédure en vigueur à l'époque où il écrivait. Pour bien s'en rendre compte, il importe avant tout d'avoir une idée générale des trois systèmes de procédure qui ont été successivement usités chez les Romains: aussi est-ce par l'exposition de ces trois systèmes que nous commencerons l'étude des matières qui font l'objet de notre livre quatrième. — Du reste, je puis remarquer dès à présent que, jusqu'à un certain point, on peut s'expliquer, même indépendamment du système de procédure, l'emploi du mot *debetur* dans la définition de Celsus. Évidemment ce ne sont pas seulement les créanciers, ce sont aussi les propriétaires, les usufruitiers, etc., qui peuvent s'adresser à l'autorité publique, aux tribunaux, en alléguant que leur droit est méconnu : pourquoi donc nous présenter celui qui

(1) Pr. *De action.* (IV, 6).

intente une action comme poursuivant ce qui lui est dû, comme réclamant l'exécution d'une obligation? C'est tout simplement parce que, dès l'instant où une personne viole mon droit, fût-ce un droit réel, cette personne se trouve constituée vis à vis de moi dans une position analogue à celle d'un débiteur. Le rapport qui existe entre celui qui peut intenter une action, quelle que soit la nature de cette action, et celui contre qui l'action peut être dirigée, ce rapport est tout à fait analogue au rapport que nous appelons *obligation*.

EXPOSITION DES SYSTÈMES DE PROCÉDURE.

1er système : *actions de la loi*.

Gaius nous donne une idée de ce 1er système, qui est éminemment quiritaire, qui ne peut s'appliquer qu'à des citoyens romains: *Actiones quas in usu veteres habuerunt* LEGIS ACTIONES *appellabantur, vel ideò quòd legibus proditæ erant, quia tunc Edicta Prætoris, quibus complures actiones introductæ sunt, nondùm in usu habebantur, vel ideò quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant et ideò immutabiles proindè atque leges observabantur. Undè eum qui de vitibus succisis ità egisset ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex* XII *Tabularum, ex quâ de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur* (1).

Les pontifes, c'est-à-dire les patriciens, tenaient les plaideurs complétement sous leur dépendance. En effet, les pontifes avaient établi des paroles et des pantomimes dont l'emploi était indispensable pour figurer en justice. De plus, ils avaient déterminé des jours fastes et des jours néfastes ; il était impossible de procéder aux formes judiciaires un jour néfaste. Celui qui voulait agir devait donc obtenir des pontifes qu'ils lui révélassent les paroles et les pantomimes à employer, ainsi que le jour où il pouvait se présenter en justice. Suivant Pomponius, *omnium legum et interpre-*

(1) Comment. IV, § 11.

tandi scientia, et actiones, apud collegium Pontificum erant... Vers le milieu du ve siècle de la fondation de Rome, *cùm Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnæus Flavius scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit...* (1).

La distinction du magistrat et du juge a probablement existé dès l'origine. La loi des douze Tables décide notamment que les difficultés *de finibus,* sur les limites, sur le bornage, seront jugées par trois arbitres. — Le principe de cette distinction peut s'expliquer par deux motifs. D'abord évidemment le magistrat n'aurait pas pu suffire à sa tâche s'il avait dû terminer lui-même tous les procès qui s'élevaient dans la ville de Rome. De plus, un magistrat concentrant en sa personne toute l'autorité judiciaire eût été investi d'une trop grande puissance : presque infailliblement il y aurait eu abus.

Étudions successivement ce qui concerne le magistrat et ce qui concerne le juge.

1° Nous savons déjà qu'à l'origine, le roi, *pontifex maximus*, avait l'*imperium*, ce qui comprenait alors la *jurisdictio*, c'est-à-dire la charge de présider à l'administration de la justice. Les Consuls, qui, l'an 245 de la fondation de Rome, remplacèrent le roi, eurent, comme lui, l'*imperium* et la *jurisdictio*. Enfin, en 387, le Préteur et, jusqu'à un certain point, les Édiles curules reçurent spécialement la *jurisdictio*. — Il importe de remarquer que ce mot *jurisdictio* se réfère exclusivement à l'administration de la justice civile : aussi voyons-nous Papinien l'opposer à l'*exercitio publici judicii* (2). *Jus dicere,* c'est proprement accomplir certains actes solennels qui doivent être accomplis pour que le procès puisse s'engager. La *jurisdictio* prise dans un sens un peu plus large, comme signifiant en général les fonctions du Préteur, comporte trois attributs principaux, désignés par les verbes *dare*, *dicere*, *addicere* (3). *Dare*, c'est donner l'action; *dicere*, c'est poser

(1) L. 2 §§ 6 et 7, D., *De orig. jur.* (1, 2).
(2) L. 1 pr., D., *De officio ejus cui mand. est jurisd.* (1, 21).
(3) Ille nefastus erit per quem tria verba silentur.
Ovide, *Fastes,* liv. I.

une règle, par exemple sous forme d'interdit; *addicere*, c'est attribuer un droit de propriété ou d'usufruit à quelqu'un, comme par exemple dans le cas de l'*in jure cessio*. Cicéron indique très-bien le grand rôle que joue le Préteur dans l'administration de la justice civile, lorsqu'il dit : *In jure quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur* (1).

Le magistrat qui a la *jurisdictio* a par là même un certain pouvoir de commandement : c'est l'*imperium mixtum*, duquel Paul dit que *jurisdictioni cohæret* (2). Voici, du reste, comment Ulpien s'exprime, à cet égard : *Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam* POTESTAS *appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in dandâ bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia; jubere caveri prætoriâ stipulatione et in possessionem mittere, imperii magis est quàm jurisdictionis* (3).

2° Le juge peut être un tribunal permanent; ce peut être aussi un particulier, désigné spécialement pour une affaire, et appelé *judex* ou *arbiter*. Il paraît que très-anciennement c'était toujours un tribunal permanent qui connaissait de chaque affaire. En effet, Cicéron dit, en parlant de l'époque royale : *Nec quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis* (4). De plus, l'action de la loi *per judicis postulationem* est moins ancienne que l'action de la loi *per sacramentum ;* et Gaius a bien l'air de présenter la faculté de demander un juge comme étant une innovation (5).

Quel est ce tribunal permanent qui très-anciennement jugeait les procès? Suivant toute apparence, ce fut d'abord le collége des pontifes : en ce sens, on peut invoquer un passage déjà cité de

(1) *De invent.*, II, 19.

(2) L. 1 § 1 *in fine*, D., *De off. ej. cui mand est jurisd.*

(3) LL. 3 et 4, D., *De jurisdict.* (2,1).

(4) *De republ.*, V, 2.

(5) ... *Reversis dabatur... judex, idque per legem Pinariam factum est; antè eam autem legem nondùm dabatur judex* (Comment. IV, § 15). Malheureusement le mot *nondùm* n'est pas lisible dans le manuscrit.

Pomponius (1); on peut invoquer aussi un passage de Cicéron (2). Ce fut ensuite un conseil de dix membres, les *Decemviri litibus judicandis* (3) : ces décemvirs paraissent avoir existé en l'année 305 de la fondation de Rome (4), bien que certains auteurs leur assignent une origine plus récente; du temps de Cicéron, ils jugeaient les procès sur le *caput,* c'est-à-dire notamment les questions de liberté (5). Enfin le dernier tribunal permanent dont nous ayons à parler ici, c'est le tribunal des Centumvirs. Les Centumvirs étaient élus annuellement dans les tribus; et, suivant Paul Diacre, l'abréviateur de Festus, chaque tribu en nommait trois. Il paraît que le tribunal des Centumvirs connaissait spécialement des questions d'état, de *dominium ex jure Quiritium,* de succession (6). Ce tribunal se divisait en quatre chambres (*tribunalia, judicia, hastæ*), et il pouvait y avoir *judicium quadruplex, duplex, simplex,* suivant qu'une affaire était portée devant les quatre chambres, ou devant deux, ou devant une seule. Zimmern conjecture que le *judicium* est *duplex* ou *quadruplex* toutes les fois qu'il y a plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs.

Lorsque l'affaire est soumise à un simple particulier, à un *judex*, ce *judex* devait d'abord être pris dans l'*ordo senatorius.* D'après la loi Sempronia, rendue l'an 631 de la fondation de Rome, le juge peut également être pris parmi les chevaliers. Si les deux plaideurs étaient d'accord, le magistrat nommait le juge qu'ils lui présentaient; en dehors de ce cas particulier, il paraît que chacun des plaideurs avait un certain pouvoir de récusation.

Prenons maintenant une idée sommaire de la marche de la procédure.

Il y avait cinq actions de la loi, c'est-à-dire cinq manières différentes de procéder. *Lege agebatur*, dit Gaius, *modis quinque : sacra-*

(1) L. 2 § 6 *in fine*, D., *De orig. jur.*
(2) *De legibus*, II, 19.
(3) Pomponius, L. 2 § 29, D., *De orig. jur.*
(4) Voy. Tite-Live, III, 55.
(5) Cicéron, *Pro Cæcinâ*, 33; *Pro domo*, 29.
(6) Voy. Cicéron, *De oratore*, I, 38. Voy. aussi Gaius, IV, § 16 *in fine*.

mento, per judicis postulationem, per condictionem, per manûs iniectionem, per pignoris capionem (1).

L'action *sacramenti* est la plus ancienne de toutes. De plus, elle est générale, applicable à toute espèce d'affaires : *de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur* (2). Les parties se provoquent à risquer une certaine somme, dont le chiffre varie suivant l'importance du procès (3). Primitivement cette somme est déposée par chaque partie entre les mains des pontifes (4); plus tard, on exige seulement que chaque partie la promette au Préteur et la fasse promettre en même temps par des *prædes*, par des garants (5). Il y a ainsi entre les deux plaideurs une sorte de gageure qui sera gagnée par celui dont la prétention sera reconnue fondée : l'autre perdra la somme qu'il a risquée. Le somme ainsi déposée ou promise par chacun est appelée *sacramentum :* suivant Festus, *sacramenti nomine id æs dici cæptum est quòd et propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis.* Pour dire que le juge examine lequel des deux plaideurs a tort et lequel a raison, Cicéron dit qu'il recherche si c'est le *sacramentum* du demandeur qui est *justum*, ou au contraire celui du défendeur (6). — Dans cette *actio sacramenti*, les détails de la procédure sont différents suivant qu'il s'agit d'une question de propriété ou d'une question d'obligation (7). Nous reviendrons plus tard sur ce point. Pour le moment, je me borne à remarquer que, dans les questions de propriété, avant de renvoyer les parties devant le juge, le magistrat confère à l'une d'elles la possession intérimaire de l'objet litigieux, mais en lui ordonnant de fournir à son adversaire *prædes litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum;* comme le remarque très-bien Gaius, *alios prædes ipse Prætor sub utroque accipiebat sacramenti, quòd id in publicum cedebat.*

(1) Comment. IV, § 12.
(2) Gaius, IV, § 13 (au commencement).
(3) Gaius, IV, § 14.
(4) Varron, *De linguâ lat.*, IV, 36. Gaius ne mentionne pas ce dépôt, qui, de bonne heure sans doute, cessa d'être exigé.
(5) Gaius, IV, § 13.
(6) Voy. notamment *Pro Cæcinâ*, 33.
(7) Comp. Gaius, IV, §§ 15, 16 et 17.

Quant à l'action de la loi *per judicis postulationem*, ce que Gaius en disait ne nous est point parvenu. Il est probable qu'ici le juge avait un pouvoir d'appréciation plus étendu. Cette action s'appliquait sans doute, d'après la loi des douze Tables, aux procès *de finibus, de tutelâ*, etc., en un mot, aux cas dans lesquels nous verrons que plus tard une action de bonne foi a été établie.

Un caractère particulier à l'action de la loi appelée *condictio*, c'est que le demandeur dénonce ou signifie à son adversaire qu'il ait à se présenter au bout de trente jours pour recevoir un juge : la dénonciation dont il s'agit est ce qu'on appelle proprement *condictio* (1). — Cette action a été établie par la loi Silia, en supposant qu'il s'agisse d'une somme d'argent déterminée, *certa pecunia*, et par la loi Calpurnia, en supposant qu'il s'agisse de toute autre chose également déterminée, *de omni certâ re* (2). La loi Silia parait être de l'an 510, et la loi Calpurnia de l'an 520 de la fondation de Rome. Sous le système formulaire, du temps d'Ulpien, nous trouvons encore une action particulière qui, comme la *condictio* de la loi Silia, est donnée de *certâ pecuniâ ;* quant à la *condictio triticaria*, faut-il y voir l'analogue de la *condictio* établie par la loi Calpurnia? Je ne le crois pas: la *condictio triticaria* n'est pas donnée seulement *de omni certâ re*, elle peut être donnée aussi *de re incertâ* (3). — Quel motif avait pu faire établir l'action de la loi appelée *condictio* à côté de l'action *sacramenti* et de l'action *per judicis postulationem?* Gaius dit qu'il y a une grande controverse sur ce point (4).

Les deux dernières actions de la loi sont des voies d'exécution plutôt que des actions proprement dites. J'ai déjà eu l'occasion d'en parler (5) : je ne m'y arrêterai donc pas longtemps.

La *manûs injectio* ne pouvait être employée que dans les cas où une loi spéciale l'avait autorisée. Ainsi, en vertu de la loi des douze Tables, elle peut être employée contre le *judicatus;* la loi Publilia et la loi Furia permettent au *sponsor* de l'employer comme s'il avait obtenu condamnation, *pro judicato*, dans des cas qui nous

(1) Gaius, IV, § 18.
(2) Gaius, IV, § 19.
(3) Ulpien, L. 1 pr., D., *De condict. tritic.* (13, 3).
(4) Comment. IV, § 20.
(5) Voy., ci-dessus, p. 130 et suiv.

sont déjà connus (1). D'autres lois, notamment la loi Furia *testamentaria* et la loi Marcia *adversùs fœneratores*, admettent la *manûs injectio*, mais *pura, id est non pro judicato :* en conséquence, ici le débiteur contre qui on procède à la *manûs injectio* peut *manum sibi depellere et pro se lege agere*, tandis que le *judicatus* n'a d'autre ressource que de trouver un *vindex*. Enfin une loi, dont le nom est illisible dans le manuscrit de Gaius, vint décider que le débiteur, à l'exception du *judicatus* et de celui *pro quo depensum est*, peut toujours *sibi manum depellere et pro se agere :* quant aux deux personnes exceptées, tant que les actions de la loi ont été en usage, *vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur;* de là vient, ajoute Gaius, que, même aujourd'hui, le défendeur à l'action *judicati* ou à l'action *depensi* doit *judicatum solvi satisdare* (2). — Lorsqu'un même débiteur avait été condamné envers plusieurs créanciers, la loi des douze Tables leur permettait *secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis*. Dans les *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle, le jurisconsulte Sextus Cæcilius explique comme il suit au philosophe Favorinus cette disposition barbare : *Nihil profectò immitius, nihil immanius, nisi, ut re ipsâ apparet, eo consilio tanta immanitas pœnæ denunciata est ne ad eam unquàm perveniretur. Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt; dissectum esse antiquitùs neminem equidem neque legi neque audivi, quoniam sævitia ista pœnæ contemni non quita est* (3).

La *pignoris capio* avait lieu dans certains cas déterminés par la coutume et dans certains autres déterminés par la loi. Ces cas sont assez obscurs. Gaius, du reste, nous apprend que tout le monde ne voyait pas dans cette *pignoris capio* une véritable action de la loi (4).

2e système : *Procédure formulaire.*

Le système des actions de la loi, en raison de sa rigueur exces-

(1) Voy. ci-dessus, p. 281 et 283.
(2) Gaius, IV, §§ 21-25.
(3) Liv. XX chap. I.
(4) Comment. IV, §§ 26-29.

sive, devait à un certain moment devenir odieux aux Romains. De plus, il était absolument inapplicable aux pérégrins; et cependant, dès le vᵉ siècle de la fondation de Rome, les rapports des citoyens avec les pérégrins étaient assez fréquents pour qu'il fût nécessaire d'admettre des pérégrins à comparaître en justice. Le *Prætor peregrinus*, créé probablement en l'année 507, dut employer des formules *in factum* pour organiser les instances dans lesquelles figuraient des pérégrins. Dans ces formules, il posait la question de savoir si tel ou tels faits avaient eu lieu, et il chargeait des *recuperatores* (au nombre de trois ou de cinq), pour le cas où ils résoudraient affirmativement cette question, de condamner l'une des parties envers l'autre. Ce nom de *recuperatores* vient de ce que, dans les premiers temps, les personnes dont il s'agit avaient surtout à s'occuper de demandes en restitution formées par des individus qui prétendaient avoir été injustement dépouillés.

Les deux Préteurs pouvaient se remplacer l'un l'autre. On comprend que le *Prætor peregrinus*, même lorsqu'il remplissait les fonctions de *Prætor urbanus*, continuât de procéder par voie de formules, c'est-à-dire au moyen d'instructions écrites adressées au juge. Mais, le procès s'agitant entre citoyens romains, il n'y avait pas besoin que la formule fût rédigée *in factum* : autant que possible, elle reproduisait alors les paroles mêmes de l'action de la loi. Ainsi s'explique cette phrase de Gaius : *Quædam sunt actiones quæ ad legis actionem exprimuntur, quædam suâ vi ac potestate constant* (1).

La substitution des formules aux actions de la loi finit par être complète. *Omnes legis actiones*, dit Gaius, *paulatim in odium venerunt : namque, ex nimiâ subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt, eò res perducta est ut vel qui minimùm errâsset, litem perderet. Itaque per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones, effectumque est ut per concepta verba, id est, per formulas, litigaremus* (2). La loi Æbutia est de la fin du vɪᵉ siècle ; les deux lois Julia doivent être du règne d'Auguste. — L'emploi de l'action

(1) Comment. IV, § 10 (au commencement). *Actiones*, dans la pensée de Gaius, est synonyme de *formulæ*.

(2) Comment. IV, § 30.



de la loi resta possible dans deux cas seulement. D'abord, lorsque l'affaire doit être jugée par les Centumvirs, *antè lege agitur sacramento apud Prætorem urbanum vel peregrinum.* En second lieu, on peut *lege agere* au cas de *damnum infectum;* mais, dit Gaius, on emploie de préférence la stipulation *quæ in Edicto proposita est* (1). J'ajoute que l'*in jure cessio,* encore usitée du temps des grands jurisconsultes, est un procès fictif dans la forme d'une *legis actio* (2).

Au lieu des *prædes sacramenti* qu'interrogeait le magistrat, nous trouvons, sous le système formulaire, des *sponsiones* réciproques entre les deux parties. Comme autrefois le juge recherchait de qui le *sacramentum* était *justum*, de même aujourd'hui il recherche lequel des deux plaideurs doit profiter de l'engagement conditionnel pris par son adversaire. Gaius dit, en parlant de l'action *sacramenti : Ea actio perindè periculosa erat..... atque hoc tempore periculosa est actio certæ creditæ pecuniæ, propter sponsionem, quâ periclitatur reus si temerè neget, et restipulationem, quâ periclitatur actor si non debitum petat...; nunc sponsionis et restipulationis pœna lucro cedit adversario qui vicerit* (3). — Quelquefois la *sponsio* n'est pas pénale, elle est simplement préjudicielle, c'est-à-dire que le montant de la promesse ne peut pas être réellement exigé par la partie victorieuse. Alors la *sponsio* est unilatérale ; il n'y a pas d'engagement réciproque pris par le demandeur (4). — Cette *sponsio* explique très-bien la définition de l'action que donnait Celsus sous le règne d'Adrien : *jus persequendi judicio quod nobis debetur*. En effet, même en matière réelle, le demandeur poursuit la reconnaissance d'une obligation à son profit : *intendit sponsionis summam sibi dare oportere*.

Ici encore occupons-nous successivement du magistrat et du juge.

(1) Comment. IV, § 31.
(2) Gaius, II, § 24 *in fine*.
(3) Comment. IV, § 13. On voit que le mot *sponsio* désigne proprement l'engagement pris par le défendeur, tandis que pour indiquer l'engagement réciproque du demandeur on se sert du mot *restipulatio*. Voy. encore Gaius, IV, § 171.
(4) Voy. Gaius, IV, §§ 93 et 94.

1° Nous voyons que, du temps de Pomponius, c'est-à-dire sous le règne de Marc-Aurèle, il y avait à Rome dix-huit Préteurs (1). De plus, les Ediles curules avaient une part assez considérable dans l'administration de la justice civile. — Dans les autres villes d'Italie, ce sont les duumvirs ou les préfets qui ont la *jurisdictio*. Du reste, sous Adrien, l'Italie entière, moins Rome, fut divisée en quatre districts, et à la tête de chacun était placé un magistrat, appelé *consularis* ou *juridicus*. — Dans les provinces, la *jurisdictio* appartient principalement au gouverneur.

2° Le pouvoir de juger, qui dans le principe appartenait exclusivement à l'*ordo senatorius*, avait été communiqué aux chevaliers, en 631. Les sénateurs n'abandonnèrent pas sans résistance une prérogative à laquelle ils tenaient beaucoup : de là des luttes très-vives dans lesquelles la victoire resta tantôt aux sénateurs et tantôt aux chevaliers. Enfin une transaction intervint en l'année 684 : la loi Aurelia établit trois décuries de juges, la première composée de patriciens, la seconde composée de chevaliers, la troisième composée de tribuns du Trésor. Il est, du reste, assez probable que, jusqu'à Auguste, cette institution de *judices selecti*, de listes sur lesquelles on prenait les juges qui devaient connaître des différentes affaires, s'appliqua seulement en matière criminelle. Nous voyons qu'Auguste ajouta une quatrième décurie pour statuer *de sevioribus summis;* et Caligula en ajouta une cinquième. Du temps de Cicéron, le nombre total des *judices selecti* était de 850; il est de 1,000 sous Auguste, et de 4,000 du temps de Pline le Jeune. — La liste était annuelle. Elle était dressée publiquement par le Préteur, qui jurait de prendre les plus hommes de bien. Il paraît que les deux plaideurs pouvaient toujours, quand ils étaient d'accord sur ce point, faire accepter par le magistrat un juge choisi en dehors de la liste officielle.

Les *recuperatores* paraissent avoir succédé aux *decemviri litibus judicandis* quant aux procès sur le *caput*. Les parties étaient également renvoyées devant eux quand l'affaire demandait une décision libre et prompte. Pour un procès, il y a souvent *unus judex;* au contraire, il n'y a jamais *unus recuperator*. Il paraît que la nomi-

(1) L. 2 § 31, D. *De orig. jur.*

nation de *recuperatores* était considérée comme dépendant de l'*imperium* plutôt que de la *jurisdictio* proprement dite : en conséquence, il n'appartenait pas aux simples magistrats municipaux d'investir des *recuperatores* du pouvoir de juger.

Du temps des grands jurisconsultes, le tribunal des Centumvirs ne connaît plus que des questions de succession; et même pour ces questions il ne paraît pas avoir une compétence exclusive. Depuis Auguste, les différentes chambres étaient composées pour chaque séance par les décemvirs. D'après le témoignage de Pline le Jeune, il y avait 180 juges pour un *quadruplex judicium*, et, par conséquent, chacune des quatre chambres se composait de quarante-cinq.

La formule comprend, en général, plusieurs parties distinctes. *Partes formularum*, dit Gaius, *hæc sunt : demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio* (1).

La *demonstratio* est la partie de la formule qui indique le fait à l'occasion duquel s'élève le procès. Par exemple : *quòd Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit ;* ou bien encore : *quòd Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit* (2). — Nous pouvons remarquer dès à présent qu'il n'y a point de *demonstratio* dans la formule de l'action réelle ni dans la formule de l'action *in factum*.

L'*intentio* est la partie de la formule dans laquelle le demandeur exprime sa prétention, *desiderium suum concludit*. Exemples : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium* x *millia dare oportere* (formule d'une *condictio certi*) ; *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere* (formule d'une *condictio incerti*) ; *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse* (formule de la revendication) (3).

L'*adjudicatio* est cette partie de la formule par laquelle il est permis au juge d'attribuer la propriété à quelqu'un des plaideurs. L'*adjudicatio* ne se rencontre que dans la formule de trois actions, savoir : l'action *familiæ erciscundæ*, l'action *communi dividundo*,

(1) Comment. IV, § 39.
(2) Gaius, IV, § 40.
(3) Gaius, IV, § 41.

l'action *finium regundorum*. Elle est ainsi conçue : *quantùm adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (1).

Enfin la *condemnatio* est cette partie de la formule par laquelle est donné au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. En voici trois exemples : *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium* x *millia condemna; si non paret, absolve.* — *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio duntaxat* x *millia condemna; si non paret, absolvito.* — *Judex Numerium Negidium* x *millia condemnato*, sans ajouter *si non paret, absolvito* (2).

Toute formule ne renferme pas nécessairement les quatre parties qui viennent d'être indiquées. Nous savons déjà que l'*adjudicatio* ne se rencontre que dans la formule de trois actions; nous savons aussi qu'il existe deux classes nombreuses d'actions dont la formule ne renferme point de *demonstratio*. Nous étudierons plus loin (3) certaines actions, les actions préjudicielles, dont la formule se compose uniquement d'une *intentio* (4). — Réciproquement il y a ou il peut y avoir dans la formule autre chose que les quatre parties mentionnées par Gaius. Il est d'abord à remarquer que Gaius ne donne pas comme une *pars formulæ* la désignation du *judex* placée en tête de la formule. De plus, la formule peut contenir et contient souvent une *exceptio* ou une *præscriptio*.

Quelle est la marche de la procédure sous le système formulaire ?

D'abord il faut nécessairement que les deux parties figurent devant le magistrat. Anciennement le défendeur pouvait être entraîné *in jus, etiam obtorto collo* : cela résulte des premiers mots qui nous sont parvenus de la loi des douze Tables, cela résulte aussi de différents passages de Plaute. Gaius parle encore d'une action *in factum* donnée *adversùs eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit* (5). L'*imperium mixtum*, attaché à la *jurisdictio*, emporte pour le magistrat les deux droits qu'on appelle *vocatio* et

(1) Gaius, IV § 42.
(2) Gaius, IV, § 43.
(3) Sur le § 13, Inst., *De action.*
(4) Gaius, IV, § 44.
(5) Comment. IV, § 46.

prensio (1). Du reste, l'individu qui est *in jus vocatus* peut se dispenser de comparaître immédiatement, en donnant un fidéjusseur *judicio sistendi causâ* (2).

Au moment de l'*in jus vocatio*, il est d'usage que le demandeur fasse connaître sa prétention à son adversaire : c'est ce qu'on appelle *denunciare litem*.

Supposons que l'individu *vocatus in jus* a comparu devant le magistrat, mais que celui-ci n'a pas pu expédier l'affaire le même jour. Le défendeur doit alors prendre l'engagement de se représenter à une certaine époque: c'est le *vadimonium*, dont j'ai déjà eu l'occasion de parler (3). Dans certains cas, dit Gaius, les *vadimonia* se font *sine satisdatione*, dans d'autres *cum satisdatione*. Ils se font quelquefois *jurejurando;* quelquefois *recuperatoribus suppositis*, c'est-à dire de telle sorte que le défendeur qui ne se représente pas est immédiatement condamné par les *recuperatores* au montant du *vadimonium*. Tous ces points sont réglés avec soin dans l'Edit du Préteur. Gaius ajoute qu'en matière d'action *judicati* et d'action *depensi* le *vadimonium* est de la somme réclamée; que, dans les autres matières, il est en général de la somme fixée par le demandeur sous la foi du serment (4).

Au cas où la personne que je veux appeler en justice rendrait le procès impossible en se cachant, le Préteur m'envoie en possession de ses biens. *Plerique putaverunt*, dit Gaius, *nullum de domo suâ in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit*, *eumque qui indè in jus vocaret vim inferre videri*. Paul ajoute: *Satisque pœnæ subire eum*, *si non defendatur et latitet*, *certum est*, *quòd mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus* (5).

Les deux parties étant une fois *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat, le demandeur fait connaître l'action qu'il veut intenter, *edit actionem*. Au rapport d'Ulpien, *eum edere Labeo ait qui produ-*

(1) Voy. Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XIII, XII.

(2) Voy. le Titre du Digeste *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (2, 6).

(3) Voy., ci-dessus, p. 409.

(4) Comment. IV, §§ 184-186.

(5) LL. 18 et 19, D., *De in jus voc.* (2, 4).

cat adversarium suum ad album, et demonstret quod dictaturus est vel id dicendo quo uti velit (1). Du reste, il paraît bien résulter de ce que dit le même Ulpien que cette *editio actionis* a fini par se confondre avec la *denunciatio litis : Quâ quisque actione agere volet, eam edere debet : nàm æquissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proindè sciat reus utrùm cedere an contendere ultrà debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognitâ actione quâ conveniatur* (2). — Le demandeur sollicite ensuite du magistrat la délivrance de telle formule : c'est ce qu'on appelle proprement *postulatio* (3). Il peut même désirer qu'on lui en délivre deux, se réservant de choisir plus tard celle que décidément il emploiera (4).

La procédure *in jure* se termine par la *litis contestatio*. Cette expression se rattache au très-ancien droit : les parties prenaient l'auditoire à témoin de ce qui s'était passé devant le magistrat et spécialement de ce qui avait été prétendu de part et d'autre. Sous le système formulaire, la *litis contestatio* a lieu *cùm judicium accipitur*, au moment où la formule est délivrée par le magistrat ; c'est du moins ce que j'espère établir un peu plus loin, en expliquant une Constitution des empereurs Sévère et Antonin, qui paraît contraire. — Je me borne, pour le moment, à signaler les principaux effets de la *litis contestatio* :

1° Une fois qu'il y a eu *litis contestatio*, le procès peut marcher en l'absence comme en la présence du défendeur. Du reste, les effets de la sentence pourront être très-différents suivant qu'elle aura été prononcée contre un homme qui s'est défendu ou contre un défaillant (5).

2° La *litis contestatio* éteint, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, le droit en vertu duquel agit le demandeur (6). Cela s'appliquait notamment, avant Justinien, lorsqu'un homme, ayant plusieurs

(1) L. 1 § 1 *in fine*, D., *De edendo* (2, 13).
(2) L. 1 pr. *eod. Tit.*
(3) L. 1 § 2, D., *De postul.* (3, 1).
(4) Nous en avons un exemple dans la L. 1 § 4, D., *Quod legator.* (43, 3).
(5) Ulpien, L. 14 § 1, D., *De appellat.* (49, 1); Paul, L. 17 § 1 et L. 18, D., *De inoffic. testam.* (5, 2).
(6) Gaius, III, §§ 180 et 181. Ci-dessus, p. 4[illegible]3.

débiteurs tenus de la même obligation, poursuivait l'un d'eux : les autres étaient par là même libérés.

3° En principe, le juge doit se placer au moment de la *litis contestatio* pour voir si la demande est fondée; ou, en termes plus généraux, tout doit être réglé, autant que possible, comme si la sentence avait été rendue au moment même où le Préteur renvoyait les parties devant le juge.

— Quant à ce qui se passe *in judicio*, rien à en dire pour le moment : cela dépend, du moins en grande partie, de la nature de l'action qui a été intentée.

Quelques mots, en terminant cet exposé général de la procédure formulaire, sur les manières d'attaquer les jugements.

Il y a certains cas dans lesquels la sentence est radicalement nulle. Nous en connaissons déjà quelques-uns (1). Tel est encore le cas où il n'y aurait pas eu un *judicium*, une instance, régulièrement organisé. Indépendamment des cas de cette espèce, voici quatre institutions fort importantes que nous trouvons établies à l'époque où le système formulaire était en vigueur :

1° L'*in integrum restitutio* peut être obtenue contre une décision judiciaire, comme elle peut l'être en général contre tout autre acte, si nous supposons, par exemple, qu'un mineur de 25 ans se trouve lésé par cette décision judiciaire.

2° Lorsqu'un magistrat a rendu une décision, le collègue de ce magistrat ou son supérieur (*par majorve potestas*) ou un tribun du peuple peut *intercedere*, c'est-à-dire arrêter l'effet de la décision dont il s'agit. Cette *intercessio* a lieu, en général, sur la demande de la partie lésée par la décision : on dit que cette partie *appellat*, appelle à son secours le magistrat qui peut *intercedere*.

3° L'empereur s'étant attribué la *tribunicia potestas*, et le juge ayant fini par être considéré comme un fonctionnaire, fonctionnaire inférieur par rapport au magistrat qui l'a nommé, il en résulte qu'on peut appeler de la sentence du juge à ce magistrat ou à l'empereur. Ainsi il est parfaitement certain que, sous Marc-Aurèle, la sentence d'un juge peut être frappée d'appel par-devant le magis-

(1) Voy., ci-dessus, p. 414.

trat qui a délivré la formule en tête de laquelle était désigné le juge. En effet, Ulpien cite un rescrit des *Divi Fratres*, dont voici les termes : *Cùm per errorem factum dicas ut a judice quem, ex rescripto nostro, ab amplissimis Consulibus acceperas, ad Junium Rusticum nostrum Præfectum urbi provocâres, Consules amplissimi perindè cognoscant atque si ad ipsos facta esset provocatio* (1). Le même Ulpien pose ailleurs le principe : *Quod dicitur*, EUM APPELLARI QUI DEDIT JUDICEM, *sic accipiendum est ut et successor ejus possit appellari* (2).

4° A côté de l'appel, certains textes mentionnent la *revocatio in duplum* (3). Voici, probablement, en quoi cela consiste : Un homme va partout disant qu'il a obtenu contre moi une sentence de condamnation : puis-je moi-même, sans attendre d'être attaqué en vertu de cette prétendue sentence, demander dès à présent qu'il soit jugé qu'elle n'existe pas ou qu'elle est nulle ? Je le puis ; mais je dois alors prendre l'engagement de payer le double de la somme à laquelle on prétend que j'ai été condamné, je dois prendre cet engagement pour le cas où je succomberais dans ma demande, où je ne pourrais pas prouver l'inexistence ou la nullité de la sentence dont il s'agit. C'est une sorte de contre-partie de l'action *judicati*, qui, nous le savons déjà, est donnée au double contre celui qui conteste mal à propos l'existence d'un jugement. Dans le droit de Justinien, il n'est plus question de la *revocatio in duplum* ni de l'ancienne action *judicati*.

3° système : *Procédure extraordinaire*.

Déjà pendant que le système formulaire était en vigueur, il y avait des cas exceptionnels où le magistrat prononçait *extrà ordinem*, c'est-à-dire terminait lui-même l'affaire sans en renvoyer l'examen à un juge. Paul dit très-bien qu'il peut y avoir *res judicata*, soit *ab his qui imperium potestatemque habent*, soit *ab his qui ex auctoritate eorum inter partes dantur* (4). Quels sont ces cas ex-

(1) L. 1 § 3, D., *De appellat*. (49, 1).
(2) L. 1 pr., D., *Quis a quo appell*. (49, 3). Voy. aussi Modestin, L. 3 *eod. Tit.*
(3) Voy., au Code Grégorien (livre X), une Constitution de l'empereur Alexandre. Voy. aussi les *Sentences* de Paul, V, v a, §§ 5, 7 *a* et 8.
(4) *Sentences*, V, v a, § 1.

ceptionnels dans lesquels il n'y a pas intervention d'un *judex?* Mettons de côté le cas où le défendeur, ayant reconnu *in jure* sa dette, est dès lors tenu *pro judicato* (1). Nous trouvons encore les trois cas principaux qui suivent : la demande en exécution d'un fidéicommis (2); la demande à l'effet d'obtenir *in integrum restitutio*, du moins avec une distinction que nous étudierons un peu plus loin (3) ; enfin la demande en paiement d'honoraires, là où il n'y a pas eu *locatio operarum* (4).

Les gouverneurs de provinces paraissent avoir eu de bonne heure une sorte de pouvoir discrétionnaire à l'effet de renvoyer la connaissance des affaires à des juges ou au contraire de les terminer eux-mêmes. Voici ce que le jurisconsulte Julien écrivait déjà sous le règne d'Adrien : *Sæpè audivi Cæsarem nostrum dicentem, hâc rescriptione*, EUM QUI PROVINCIÆ PRÆEST ADIRE POTES, *non imponi necessitatem Proconsuli vel Legato ejus vel Præsidi provinciæ suscipiendæ cognitionis; sed eum æstimare debere, ipse cognoscere an judicem dare debeat* (5).

En 294, les empereurs Dioclétien et Maximien invitent les Gouverneurs de provinces à connaître eux-mêmes de toutes les affaires, à moins qu'il ne leur soit impossible d'y suffire. *Placet nobis Præsides de his causis in quibus, quòd ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere : ità tamen ut, si vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem. Quod non ità accipi convenit ut in his etiam causis in quibus solebant ex officio suo cognoscere dandi judices licentia eis permissa credatur. Quod usque adeò in Præsidum cognitione retinendum est ut eorum judicia non diminuta videantur; dùm tamen, et de ingenuitate, super quâ poterant etiam antè cognoscere, et de libertinitate Præsides ipsi dijudicent* (6).

(1) Paul, *eod. Tit.*, § 2.
(2) Gaius, II, § 278; Mæcianus, L. 65 § 2, D., *Ad Senatusc. Trebell.* (36, 1).
(3) A propos du § 5, Inst., *De action.*
(4) Voy. le Titre du Digeste *De extraordin. cognit.* (50, 13), et, ci-dessus, p. 344.
(5) L. 8, D., *De officio Præsidis* (1, 18). Voy. aussi Callistrate, L. 9 *eod. Tit.*
(6) L. 2, C., *De pedaneis judic.* (3, 3).

Que sont précisément ces *pedanei judices* dont parle la Constitution? Bien que l'expression revienne dans plusieurs textes (1), les interprètes ne sont pas d'accord sur les personnes qu'elle désigne. Les uns conjecturent qu'après l'abolition des décuries de juges l'expression *judices pedanei* a été appliquée aux magistrats municipaux; suivant d'autres, elle désigne tout simplement les *judices privati*, par opposition aux magistrats. Cette dernière opinion me paraît la plus probable. Du moins est-il certain qu'à l'époque d'Ulpien, le *judex pedaneus* n'était pas un magistrat municipal. Voici, en effet, la décision que donne ce jurisconsulte : *Prætor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus judex nec compromissarius ex suâ sententiâ fieri potest* (2). Evidemment il n'y avait pas besoin de défendre au Préteur de se nommer lui-même magistrat municipal; mais ce qui était possible en fait et ce qui par conséquent avait besoin d'être défendu, c'est que le Préteur, en tête de la formule qu'il rédige, se désigne lui-même comme étant le juge qui doit connaître de l'affaire.

Ce qui eut lieu d'abord dans les provinces en vertu de la Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, cela devint bientôt une règle générale : *omnia judicia facta sunt extraordinaria* (3). En 342, l'empereur Constance abolit toutes les formules : *Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus, radicitùs amputentur* (4). Et, en 428, les empereurs Théodose et Valentinien suppriment spécialement la nécessité d'une *impetratio actionis*, ce qui était évidemment un vestige de la délivrance d'une formule d'action par un magistrat plus élevé que celui qui doit juger : *Nulli prorsùs non impetratæ actionis, in majore vel minore judicio, agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit* (5).

Sous le système de la procédure extraordinaire, le juge se con-

(1) Voy. notamment *Sentences de Paul*, V, XXVIII; Ulpien, L. 3 § 1, D., *Ne quis eum qui in jus voc.* (2, 7); l'empereur Julien, L 5, C., *De pedaneis judic.*

(2) L. 4, D., *De tutor. et curator.* (26, 5).

(3) Inst., pr. *De success. subl.* (III, 12). Comp § 8 *De interd.* (IV, 15).

(4) L. 1, C., *De formulis* (2, 58).

(5) L. 2, C., *eod. Tit.*

fond avec le magistrat. Il faut seulement distinguer des autorités supérieures et des autorités locales.

1° Parmi les autorités supérieures, nous trouvons au premier rang le *préfet*. On sait que Constantin établit quatre préfectures, savoir : la préfecture d'Orient, la préfecture d'Illyrie, la préfecture d'Italie et la préfecture des Gaules. Chaque préfecture contient un certain nombre de provinces, et à la tête de chaque province se trouve un magistrat appelé *proconsul*, *rector*, *præses* : il est, par excellence, le *judex ordinarius*. Le préfet juge en dernier ressort, comme tenant la place de l'empereur, *vice sacrâ*. Chacun de ces magistrats a près de lui un conseil, des assesseurs.

2° A Rome et à Constantinople, la justice est rendue par le Préfet de la ville et par le Préteur urbain (1). Elle est rendue, dans les autres villes, par des magistrats municipaux, qui portent ordinairement le nom de *defensores civitatum ;* ils sont souvent qualifiés *magistratus minores* ou *humiliores* (2).

Prenons maintenant une idée générale de la marche de la procédure.

La demande peut être formée de deux manières. Le demandeur peut d'abord, comme le dit une Constitution de Constantin (3), procéder par voie de *denunciatio apud provinciæ rectorem vel apud eos quibus actorum conficiendorum jus est*. Il peut aussi s'adresser à l'empereur : celui-ci renvoie l'affaire au Président de la province par un rescrit, qui sera signifié au défendeur. Dans une Constitution de l'an 396, les empereurs Arcadius et Honorius disent : *Dubium non est contestationem litis intelligi, etiamsi nostræ fuerint Tranquillitati preces oblatæ* (4).

Dans le droit de Justinien, en général le demandeur présente au magistrat un *libellus conventionis*, et le magistrat ordonne à un *viator* d'assigner le défendeur. Aux Institutes mêmes, on fait allusion à ce mode de procéder (5). Le défendeur doit donner caution

(1) Il est question de ces deux magistrats aux Institutes, § 4 *De atil. tut.* (1, 20).

(2) Voy. le Titre du Code *De defensor. civit.* (1, 55).

(3) L. 2, C. Th., *De denunciat., vel editione rescripti* (2, 4).

(4) L. 1, C., *Quandò libellus Principi datus litis contestat. faciat* (1, 20).

(5) Voy. le § 24 *De action.*

qu'il comparaîtra. Le délai pour comparaître, fixé d'abord à dix jours, a été ensuite porté à vingt (1).

Dans la procédure extraordinaire il y a encore une *litis contestatio*, laquelle a continué de produire quelques-uns de ses anciens effets. Sur ce point, nous trouvons dans le Code de Justinien une Constitution fort importante, attribuée aux empereurs Sévère et Antonin. En voici le texte : *Res in judicium deducta non videtur, si tantùm postulatio simplex celebrata sit vel actionis species antè judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultùm interest. Lis enim tunc contestata videtur cùm judex per narrationem negotii causam audire cœperit* (2). Si cette Constitution n'a pas été corrigée par les commissaires de Justinien, la disposition qu'elle renferme date d'une époque où le système formulaire était en pleine vigueur. La Constitution disant qu'il y a *litis contestatio* à l'instant où le juge commence à prendre connaissance de l'affaire par l'exposé qui lui en est fait, ne sommes-nous pas forcés de reconnaître que, sous le système formulaire, la *litis contestatio* a lieu *in judicio* et non pas *in jure?*

Voici d'abord une définition de Festus, qui par elle-même n'est point décisive : CONTESTARI *est cùm uterque reus dicit :* TESTES ESTOTE. CONTESTARI LITEM *dicuntur duo aut plures adversarii, quòd ordinato judicio utraque pars dicere solet :* TESTES ESTOTE. Tout ce qui résulte bien clairement de ce passage de Festus, c'est que la *litis contestatio* a lieu une fois que *judicium ordinatum est*. Or, c'est là, nous allons le voir immédiatement, un renseignement d'une très-grande valeur.

Il peut s'écouler un intervalle de temps assez long entre le moment où le juge est nommé par le magistrat et le moment où il commence à connaître de l'affaire pour laquelle il a été désigné. Nous voyons que le magistrat ne peut pas nommer juge toute personne, que par exemple il ne peut pas nommer juge celui qui est *perpetuò furiosus* (3). D'un autre côté, voici ce que dit Papinien :

(1) Novelle LIII, chap. 3.
(2) L. un., C., *De litis contestat.* (3, 9).
(3) Paul, L. 12-§ 2, D., *De judiciis* (5, 1).

Cùm furiosus judex addicitur, non ideò minùs judicium erit quòd hodiè non potest judicare : ut scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. Neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis necessaria est (1). Si je ne me trompe, la pensée de Papinien est celle-ci : « Un homme est valablement nommé juge, quoiqu'il soit absent, quoiqu'il ignore sa nomination. En conséquence, celui qui aujourd'hui est nommé juge étant *furiosus*, il n'y en a pas moins dès aujourd'hui *judicium*, quoiqu'il ne puisse pas pour le moment s'occuper de l'affaire et la juger. » Si dès aujourd'hui il y a *judicium*, il y a aussi par là même *litis contestatio :* celle-ci a donc lieu lorsque les parties sont encore devant le magistrat.

Ulpien dit, en parlant des obligations d'un acheteur qui intente l'action rédhibitoire au sujet d'un esclave : *Sciendum est hæc omnia quæ exprimuntur Edicto Ædilium præstare eum debere, si antè judicium acceptum facta sint : idcircò enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum antè litem contestatam contigisset, præstaretur. Cæterùm, post judicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur, et tàm fructus veniunt quàm id quo deterior factus est cæteraque veniunt. Judici enim statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit quæcumque in judicio versantur ; ea autem quæ antè judicium contingunt, non valdè ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta* (2). Ce texte est aussi décisif que possible : car le jurisconsulte prend indifféremment l'une pour l'autre, comme étant parfaitement synonymes, les trois expressions *judicium acceptum*, *lis contestata*, *addictio judicis* (*statim atque judex factus est*).

Enfin Paul suppose un *legatus* qui se trouve à Rome et qui est tenu d'une *actio temporalis*. En principe, le *legatus* n'est pas obligé *judicium Romæ pati*. Mais, dit Paul, *si dies actionis exitura erit, causâ cognitâ adversùs eum judicium Prætor dare debet, ut lis contestetur, ità ut in provinciam transferatur* (3). Ainsi, la *litis contestatio* a lieu à Rome, mais l'affaire sera jugée en province.

(1) L. 39 pr., D., *De judic.*
(2) L. 25 § 8, D., *De ædil. Ed.* (21, 1).
(3) L. 28 § 4, D., *De judic.*

Preuve évidente que les parties ne sont pas encore devant le juge au moment où a lieu la *litis contestatio !*

Comment donc entendre la L. un., C., *De litis contestat.?* Pour l'expliquer, il n'est besoin de supposer aucune interpolation. La Constitution, dans la pensée des empereurs, devait s'appliquer aux cas particuliers où déjà de leur temps on procédait *extrà ordinem*. Nous savons qu'en général le juge a ou n'a pas à s'occuper de tel fait accessoire (ce qu'on appelle souvent *causa*) suivant que ce fait est postérieur ou antérieur à la *litis contestatio:* que devra faire sous ce rapport le magistrat qui connaît *extrà ordinem*, par exemple en matière de fidéicommis? Ici, il n'y a réellement pas de *litis contestatio;* mais les empereurs décident que les effets attachés ordinairement à la *litis contestatio* se produiront ici après que le magistrat, qui est en même temps *judex*, aura commencé à entendre l'exposé de l'affaire. Ainsi la Constitution, originairement faite pour des cas exceptionnels, s'est ensuite trouvée applicable à tous les cas.

Du reste, quand la Constitution a été faite, il y avait plus d'intérêt qu'il n'y en a du temps de Justinien à bien connaître dans le *judicium extraordinarium* une certaine époque à laquelle seront attachés les effets de la *litis contestatio*. En effet, avant Justinien, le droit d'agir était consommé par la *litis contestatio*. Supposons qu'un fidéicommissaire a reçu du grevé un fidéjusseur : le fidéjusseur sera-t-il libéré par la poursuite exercée contre le grevé? La question pouvait se présenter du temps des empereurs Sévère et Antonin; elle ne peut plus se présenter du temps de Justinien. De même, anciennement la prescription était interrompue par la *litis contestatio;* sous Justinien, l'interruption résulte de la signification du *libellus conventionis* (1).

Je rappelle que, d'après une Constitution des empereurs Arcadius et Honorius, la demande présentée à l'empereur vaut *litis contestatio*. Dans le même ordre d'idées, Justinien décide que les actions temporaires, c'est-à-dire *quæ, a Prætore constitutæ, annali*

(1) Comp. Dioclétien et Maximien, L. 10, C., *De præscr. longi temp.* (7, 33), et Justinien, L. 3, C., *De annali except.* (7, 40).

tempore coarctatæ sunt, sont perpétuées *per oblationem precum et ad eas rescriptionem* (1).

DES ACTIONS.

ACTIONS *IN REM*, ACTIONS *IN PERSONAM*.

La division des actions en actions *in rem* et actions *in personam* nous est présentée comme étant la division la plus large comme comprenant toutes les actions : *Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quâcumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam* (2).

A quel caractère reconnaît-on si une action est *in rem* ou si elle est *in personam?* Il faut voir si, en supposant fondée la prétention du demandeur, il existe ou non entre les deux parties, avant la *litis contestatio*, un rapport d'obligation. Ainsi, le demandeur veut-il faire juger que le défendeur est obligé envers lui: l'action est *in personam*. Au contraire le demandeur veut-il faire juger qu'il est propriétaire du fonds Cornélien : l'action est *in rem*. — Ne dites pas, comme on le dit quelquefois : « L'action est *in rem* lorsque le demandeur allègue qu'un droit réel qui lui appartient est méconnu ; l'action est *in personam* lorsque le demandeur allègue que son droit de créance reste sans effet. » Une observation bien simple prouve que cela n'est pas exact : quand Titius, par dol ou par faute, tue ou blesse mon esclave, certes il méconnaît mon droit de propriété, et cependant c'est une action personnelle, l'action de la loi Aquilia, que je vais exercer contre lui. Il faut donc rechercher, non pas quel droit avait le demandeur avant la violation dont il se plaint, mais quel droit il déduit

(1) LL. 1 et 2, C., *Quandò libellus Princ. datus* (1, 20).

(2) Inst., § 1 (au commencement) *De action*. Comp. Gaius, IV, § 1. — Quinze paragraphes, les §§ 1-15 *De action.*, aux Institutes, sont consacrés à cette division des actions.

in judicium, quel droit il prétend avoir au moment de la *litis contestatio*.

Il peut arriver, du reste, qu'une personne ait le choix entre la voie de l'action *in rem* et la voie de l'action *in personam*. J'ai remis ma chose à Titius à titre de dépôt, à titre de commodat ou à titre de gage: quand le moment sera venu de la reprendre, je pourrai me présenter comme propriétaire et intenter l'action *in rem*, ou bien, ce qui généralement est plus simple, me présenter comme créancier et intenter l'action personnelle résultant du contrat que j'ai fait avec Titius.

D'où viennent ces dénominations: action *in rem* et action *in personam?* De la manière dont le demandeur exprime sa prétention : s'il prétend être propriétaire, il n'a besoin de désigner aucune personne, l'action est *in rem;* si au contraire il prétend être créancier, il faut qu'il dise de qui, sous peine de ne pas vous faire connaître le droit qu'il prétend avoir, et alors on dit que l'action est *in personam*. Spécialement sous le système formulaire, la manière dont l'*intentio* est rédigée indique de suite la nature de l'action. Le nom du défendeur figure-t-il dans l'*intentio:* l'action est *in personam*. N'y figure-t-il point: l'action est *in rem*. Ainsi que le dit Gaius, *cùm in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur....: tantùm enim intenditur rem actoris esse* (1).— C'est ainsi qu'on distingue, nous l'avons déjà vu (2), des pactes *in rem* et des pactes *in personam: Pactorum quædam in rem sunt,* dit Ulpien, *quædam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor,* NE PETAM ; *in personam*, *quotiens ne a personâ petam*, *id est* NE A LUCIO TITIO PETAM... (3).

Déjà dans le système des actions de la loi, la procédure de l'action *sacramenti* était différente suivant qu'il s'agissait d'une question d'obligation ou d'une question de propriété. Voici ce qu'il y avait de particulier dans ce dernier cas : Quand l'objet du procès est un meuble, si cela est possible, on l'apporte ou on l'amène devant le magistrat. Le revendiquant tient une baguette ; il saisit la chose,

(1) Comment. IV, § 87 *in fine*. Voy. aussi § 41, et, ci-dessus, p. 470.
(2) Ci-dessus, p. 264 et 265.
(3) L. 7 § 8, D., *De pactis* (2, 14)

par exemple l'esclave, et il dit : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundùm suam causam, sicut dixi : ecce tibi vindictam imposui*. En même temps il touchait l'esclave de sa baguette. L'adversaire disait et faisait la même chose. Chacun ayant revendiqué, le Préteur disait : *Mittite ambo hominem*... Si la chose était de telle nature qu'on ne pût sans inconvénient l'apporter ou l'amener *in jus*, on en prenait une partie (1). — Quand il s'agissait d'une action personnelle, nous ne voyons rien de semblable à ce combat simulé, à ces *manus consertæ*.

— Je l'ai déjà remarqué, Gaius et Justinien semblent dire que toute action est nécessairement une action *in rem* ou une action *in personam* (2). Dans un langage rigoureusement exact, il faudrait dire que ce sont les actions *in jus* qui se subdivisent en actions *in rem* et actions *in personam*, et que, quant aux actions *in factum*, elles restent absolument en dehors. En d'autres termes, parler d'actions *in rem* et d'actions *in personam*, c'est nécessairement parler d'actions *in jus*, c'est toujours supposer que l'*intentio* contient une question de droit. Tel est le langage de Gaius lui-même. En effet, d'après lui, que faisons-nous quand nous exerçons une action personnelle ? *Intendimus dare, facere, præstare oportere* (3). Et que faisons-nous quand nous exerçons une action réelle ? *Aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere* (4). Mais, lors même que la question posée dans l'*intentio* serait une pure question de fait, la question de savoir si un certain fait a eu lieu, suivant qu'au fond il s'agit pour le demandeur d'un droit de propriété ou d'un droit de créance, on dit habituellement que l'action est *in rem* ou qu'elle est *in personam*. Cette idée trouvera notamment son application quand nous parlerons de l'action *de jurejurando* (5).

—Dans le § 1 *De action.*, dont nous avons déjà rapporté le texte en partie, il y a des expressions sur lesquelles nous devons nous arrêter un instant.

(1) Gaius, IV, §§ 16 et 17.
(2) Voy. aussi Ulpien, L. 25 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) Comment. IV, § 2.
(4) Comment. IV, § 3.
(5) Sur le § 11, Inst., *De action.*

On parle d'actions qui sont exercées *apud judices arbitrosve.* Remarquons dès à présent que l'*arbiter* du droit romain n'est pas du tout l'*arbitre* du droit français (1). L'*arbiter* a un caractère officiel comme le *judex*. La seule différence paraît consister en ce que l'*arbiter* a un pouvoir d'appréciation plus large que le *judex.* Comme le dit déjà Festus, *arbiter dicitur judex quòd totius rei habeat arbitrium et facultatem.*

Les Institutes expliquent ainsi la division en actions *in personam* et actions *in rem : Agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliquâ re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt.* Que peuvent signifier ces mots *et aliis quibusdam modis?* Suivant certains interprètes, ils ont été déplacés : ils doivent venir après ceux-ci, *vel ex contractu vel ex maleficio,* et ils font allusion aux obligations qui peuvent naître *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto.* Cela est tout à fait arbitraire : rien ne nous autorise à changer de place les mots dont il s'agit. Ces mots font allusion à la manière dont peut être conçue l'*intentio* dans l'action *in personam.* Il y a le plus souvent, comme l'indique le texte, *dare facere oportere ;* mais il peut y avoir autre chose. Cela ressort notamment du passage de Gaius, déjà cité, où il est dit qu'en cas d'action personnelle *intendimus dare, facere, præstare oportere;* Paul dit, de même, que l'obligation *consistit in eo ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* (2). Nous savons d'ailleurs que dans l'*intentio* de l'action *furti* et de l'action de la loi Aquilia se trouvaient les mots *decidere oportere.*

Nous nous occuperons d'abord des actions *in rem.* Toute action *in rem* est civile ou prétorienne; les actions civiles étant les plus anciennes, ayant même servi de modèles aux autres, qui n'en sont qu'une sorte de développement, c'est naturellement par les actions civiles que nous allons commencer.

(1) Voy. Code de procéd. civ., art. 1003 et suiv.
(2) L. 3 pr., D., *De oblig. et action.* (44, 7).

ACTIONS IN REM CIVILES.

Les actions *in rem* civiles sont au nombre de cinq, savoir : la revendication, l'action confessoire, l'action négatoire, la pétition d'hérédité et la *causa liberalis*. Dès à présent, nous allons traiter successivement des trois premières. Quant aux deux autres, il est nécessaire d'en ajourner un peu l'étude, parce qu'elles se rattachent à des matières qui nous sont encore inconnues (1).

De la revendication.

La revendication est l'action par laquelle je prétends être propriétaire d'une chose : il s'agit de faire reconnaître en justice que telle chose est à moi *ex jure Quiritium*.

Nous avons déjà une idée de la manière dont on procédait sous l'empire des actions de la loi. Sous l'empire du système formulaire, nous lisons dans Gaius qu'on pouvait procéder de deux manières : *In rem actio duplex est : aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem* (2). La stipulation que peut toujours faire le demandeur n'est pas la même dans les deux cas : dans l'un, c'est la stipulation *judicatum solvi*, tandis que dans l'autre c'est la stipulation *pro præde litis et vindiciarum*.

Rien de plus simple que la procédure *per formulam petitoriam*. Le Préteur rédige une formule par laquelle il charge directement un juge de vérifier si le demandeur est propriétaire de telle chose : *petitoria formula hæc est quâ actor intendit rem suam esse* (3).

La procédure *per sponsionem* est un peu plus compliquée. Nous commençons par provoquer notre adversaire en ces termes : *Si*

(1) Nous traiterons de la *causa liberalis* en même temps que des actions préjudicielles (Inst., § 13 *De action*.), et de la pétition d'hérédité en même temps que des actions de bonne foi (Inst., § 28 *De action.*).

(2) Comment. IV, § 91.

(3) Gaius, IV, § 92.

homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV *nummos dare spondes?* Puis nous demandons au magistrat une formule, dans la quelle nous prétendons que la somme de la *sponsio* nous est due : nous triomphons au moyen de cette formule, en prouvant que la chose nous appartient (1). Du reste, la somme de cette *sponsio* n'est pas réellement exigée : la *sponsio* n'est point pénale, mais préjudicielle : c'est une simple forme pour arriver au jugement sur la question de propriété. Aussi n'y a-t-il pas *restipulatio* au profit du défendeur (2). La *sponsio* est dite *pro præde litis et vindiciarum*, parce qu'elle tient lieu des *prædes* que, sous l'empire des actions de la loi, le possesseur donnait au demandeur (3). — Si l'affaire doit être jugée par les Centumvirs, il y a bien une *sponsio*, mais il n'y a point de formule : *sacramento reum provocamus* (4).

Cicéron parle déjà de la *formula petitoria*, pour le cas où il s'agit de la propriété, de la revendication proprement dite. Pour le cas où il s'agit d'une hérédité, il ne parle point de cette *formula petitoria* : il dit seulement qu'on peut procéder *lege* ou *per sponsionem* (5).

La possibilité d'employer une formule, même quand on procède *per sponsionem*, est certainement une des causes qui ont fini par amener la disparition du tribunal des Centumvirs.

Dans les Institutes mêmes, on a laissé une trace de la plus ancienne forme de procéder, c'est-à-dire de l'*actio sacramenti*. On suppose qu'une personne possède une chose corporelle : Titius affirme qu'elle est à lui, *et possessor dominum se esse dicit* (6). C'est bien là ce qui avait lieu très-anciennement : chacun des deux adversaires revendiquait de son côté. *Cùm uterque vindicâsset, Prætor dicebat* : MITTITE AMBO HOMINEM (7). Mais, à partir de l'établissement du système formulaire, il n'y a plus nécessité que le possesseur affirme que la chose est à lui.

(1) Gaius, IV, § 93.
(2) Gaius, IV, § 94.
(3) Gaius, IV, § 94 *a*. Comp., ci-dessus, p. 464.
(4) Gaius, IV, § 95. Comp. le § 31 du même Comment. IV.
(5) *Seconde action contre Verrès*, I, 45.
(6) § 1 *in fine De action*.
(7) Gaius, IV, § 16.

Nous allons examiner successivement par qui et contre qui peut être intentée la revendication.

I. La revendication peut être intentée par le propriétaire. Le revendiquant affirme bien dans l'*intentio* que la chose est à lui *ex jure Quiritium;* il n'en est pas moins vrai qu'on triomphe dans la revendication quand on est devenu propriétaire par un mode du droit naturel aussi bien que quand on est devenu propriétaire par un mode du droit civil (1). En effet, les modes du droit naturel peuvent produire la propriété quiritaire comme les modes du droit civil, et, par exemple, la tradition appliquée à une chose *nec mancipi* a tout autant de puissance que la *mancipatio* appliquée à une chose *mancipi*.

Le revendiquant ne triomphe qu'autant qu'il prouve sa qualité de propriétaire. Comment fera-t-il cette preuve? Elle lui sera souvent bien difficile. En effet, il ne suffit pas qu'il prouve que la chose lui a été mancipée ou livrée ou léguée par Titius ; il faudrait prouver que Titius lui-même en était propriétaire, c'est-à-dire qu'il l'avait reçue *a domino*. Il y aurait là une difficulté véritablement insurmontable sans l'institution de l'*usucapio*. Pour gagner son procès, le revendiquant devra presque toujours en venir à prouver que la chose a été possédée *ex justâ causâ* par lui-même, ou par ses auteurs, ou enfin par ses auteurs et par lui, pendant un temps suffisant pour fonder l'usucapion.

II. Contre qui la revendication peut-elle être régulièrement intentée? En principe, elle ne peut être intentée que contre le possesseur. Mais de quelle possession s'agit-il ici? Il y avait eu sur ce point quelques difficultés. *Officium judicis in hâc actione*, dit Ulpien, *hoc erit ut judex inspiciat an reus possideat. Nec ad rem pertinebit ex quâ causâ possideat : ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti quæ locum habet in interdicto* UTI POSSIDETIS *vel* UTRUBI : *denique ait ab eo apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causâ vel dotis ventrisve nomine in*

(1) Paul le dit expressément : L. 23 pr. D., *De rei vindicat.* (6, 1).

possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse (1). Ainsi, suivant Ulpien, pour pouvoir jouer le rôle de défendeur à la revendication, il n'est pas nécessaire d'avoir la possession proprement dite, la possession *ad interdicta*, il suffit d'être *in possessione* (2).

Cette doctrine d'Ulpien a été, jusqu'à un certain point, modifiée par une Constitution de Constantin. Constantin décide que le détenteur d'un immeuble, étant actionné en revendication, doit immédiatement *dominum nominare*, faire connaître celui pour qui il possède ; ce *dominus* est averti d'avoir à se présenter dans un certain délai, pour prendre lui-même le rôle de défendeur à la revendication, *ut actoris intentiones excipiat*. S'il ne se présente pas, le juge le fera citer ; et enfin, *in eâdem voluntate eo permanente*, le juge, après examen sommaire de la cause, enverra le revendiquant en possession, tous les droits de l'absent à la propriété étant au surplus réservés (3).

Il y a certains cas exceptionnels où la revendication peut être intentée contre un homme qui ne possède pas du tout. Tel est d'abord le cas où celui qui possédait a cessé par son dol de posséder : *is qui antè litem contestatam dolo desiit rem possidere tenetur in rem actione* (4). Anciennement il y avait lieu à une action *in factum* au cas où le possesseur, voyant le propriétaire près de revendiquer et voulant lui donner un autre adversaire, transmettait dans ce but la possession à un tiers (5). Comme le remarque Ulpien, le Préteur qui a établi cette action ne réprouve pas le fait de celui qui aime autant se dépouiller de la chose *ne propter eam sæpiùs litigaret ;* il réprouve seulement le fait de celui qui, *cùm rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat* (6). Gaius admettait déjà que, si l'ex-possesseur, *adversùs quem talis actio competit*, veut bien défendre à la revendication utile, comme s'il possédait

(1) L. 9, D., *De rei vindic.*

(2) Comp. sur les différents degrés de la possession, notre t. I, p. 438 et suiv.

(3) L. 2, C., *Ubi in rem actio exerc. deb.* (3, 19).

(4) Paul, L. 27 § 3, D., *De rei vindic.*

(5) Voy. Gaius, L. 1, et Ulpien, L. 4 § 2, D., *De alienat., judicii mutandi causâ, factâ* (4, 7).

(6) L. 4 § 1 *eod. Tit.*

encore, l'action *in factum* ne doit pas être donnée contre lui (1). En effet, la transmission de la possession se trouve alors ne causer en réalité aucun dommage au propriétaire; or l'action *in factum* était destinée à l'indemniser.

La revendication est encore donnée contre un non-possesseur lorsqu'il a fait croire ou laissé croire qu'il possédait, par exemple dans le but de permettre au véritable possesseur d'achever l'usucapion pendant que l'attention du propriétaire serait détournée sur lui-même. *Is qui se obtulit rei defensioni sine causâ, cùm non possideret nec dolo fecisset quominùs possideret, si actor ignoret, non est absolvendus*... (2). Du reste, la revendication ainsi donnée contre l'individu *qui se liti obtulit* a le caractère d'une action pénale : en conséquence, après avoir obtenu condamnation contre lui, le propriétaire peut encore revendiquer contre le véritable possesseur (3).

De l'action confessoire.

Celui qui intente l'action confessoire prétend avoir un droit de servitude, soit personnelle, soit prédiale, sur une certaine chose. *Si agat jus sibi esse fundo fortè vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si agat jus sibi esse altiùs ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi in vicini ædes* (4).

Suivant les époques, l'action confessoire a dû être exercée dans la même forme que la revendication : on a procédé d'abord *sacramento*, puis *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem*.

Il y a lieu d'employer l'action confessoire dans deux cas distincts, non-seulement quand celui à qui appartient un droit de servitude se le voit contester, mais encore lorsqu'en fait quelqu'un met obstacle à l'exercice du droit de servitude. Ulpien le dit dans les termes les plus formels : *Si quis mihi itineris vel actûs vel viæ*

(1) L. 3 § 5 *eod. Tit.*
(2) Ulpien, L. 25, D., *De rei vindic.*
(3) Paul, L. 7 *eod. Tit.*
(4) Inst., § 2 (au commencement) *De action.*

controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius scribit confessoriâ actione mihi utendum. Nàm, et si arborem impendentem habeat vicinus quâ viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Julianum notat iter petendum vel viam vindicandam... (1).

— A qui appartient l'action confessoire? La revendication est donnée au propriétaire qui ne possède pas la chose corporelle. Au contraire, l'action confessoire est donnée à celui qui a le droit de servitude, sans distinguer s'il a ou s'il n'a pas la *possessio juris*. Je veux ici en donner la preuve, soit en ce qui concerne les servitudes personnelles, soit en ce qui concerne les servitudes prédiales. D'abord en ce qui concerne les servitudes personnelles : *Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus præstandi sunt, ità et proprietatis domino si negatoriâ actione utatur. Sed, in omnibus, ità demùm si non sit possessor qui agat : nàm et possessori competunt...* (2). De même en ce qui concerne les servitudes prédiales, spécialement la servitude *altiùs tollendi : Sciendum in his servitutibus, possessorem esse eum juris et petitorem. Et si fortè non habeam ædificatum altiùs in meo, adversarius meus possessor est : nàm, cùm nihil sit innovatum, ille possidet... Sed, et si patiente eo ædificavero, ego possessor ero effectus* (3).

Si l'action confessoire peut être intentée par le *possessor juris* comme par le *non-possessor*, quel avantage y a-t-il donc à être *possessor juris ?* Ulpien, dans le texte qui vient d'être cité en dernier lieu, l'indique, à propos de la question de savoir si le propriétaire d'une certaine maison peut ou non l'exhausser. Sans doute le voisin, qui est *possessor juris* tant que l'exhaussement n'a pas eu lieu, peut intenter l'action confessoire pour faire juger que la maison est grevée de la servitude *non altiùs tollendi ;* mais il est un autre moyen qui lui garantit que jusqu'au jugement définitif il ne sera fait aucun changement à l'état actuel des choses... *Ædificantem me prohibere potest et civili actione, et interdicto* QUOD VI AUT CLAM ; *idem et si lapilli jactu impedierit*. La *civilis actio*, c'est l'ac-

(1) L. 4 § 5, D., *Si servitus vindic.* (8, 5).
(2) Ulpien, L. 5 § 7, D., *Si usufr. pet.* (7, 6).
(3) Ulpien, L. 6 § 1, D., *Si servitus vindic.*

tion confessoire. L'interdit *quod vi aut clàm* est donné au possesseur qui a manifesté, par exemple *lapilli jactu*, son opposition au changement projeté ou commencé, si l'adversaire n'a pas tenu compte de cette opposition : au moyen de l'interdit, le possesseur obtient immédiatement le rétablissement de l'état de choses qui existait avant sa *prohibitio*.

Voici un autre texte d'Ulpien, qu'il paraît difficile de concilier avec le précédent : *Meminisse oportebit, quoties quis in nostro ædificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eùm per Prætorem, vel per manum (id est lapilli ictum) prohibere quàm operis novi nunciatione : cæterùm, operis novi nunciatione possessorem eum faciemus cui nunciaverimus. Aut, si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria* (1). Au premier abord, le sens du texte paraît être ceci : « Lorsque mon voisin empiète sur mon terrain, il vaut mieux pour moi employer l'interdit *uti possidetis* (*per Prætorem*) ou lui adresser une *prohibitio* qui me permettra d'employer l'interdit *quod vi aut clàm*, plutôt que de lui faire dénonciation de nouvel œuvre. Mais, s'il fait chez lui le travail qui me nuit, la dénonciation de nouvel œuvre devient nécessaire. » Pourtant, le texte précédent, pour le cas où le voisin exhausse sa maison, ce qui est bien *facere quid in suo*, dit positivement que je puis l'arrêter *lapilli jactu* et recourir ensuite, s'il y a lieu, à l'interdit *quod vi aut clàm*. Toute antinomie disparaît si l'on admet que ces mots *si in suo quid faciat* s'appliquent au cas où je ne possédais pas le droit d'empêcher mon voisin de faire chez lui un certain acte. Par exemple, il fait dans son terrain des fouilles, de telle manière qu'il est à craindre que ma maison ne s'écroule : si j'employais ici la voie d'une *prohibitio*, c'est évidemment un trouble que j'apporterais à la possession du voisin, et au moyen de l'interdit *uti possidetis* il pourrait de suite faire tomber ma prohibition : il faut donc, dans un cas de ce genre, où je ne possède rien, que je recoure à la dénonciation de nouvel œuvre. Mais tout autre est le cas prévu dans la L. 6 § 1 *Si servitus vindic.* (2).

(1) L. 5 § 10, D., *De op. novi nunciat.* (39, 1).
(2) Comp. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. III, § 677, p. 557 et suiv.

Voici encore une décision de Scévola, sur laquelle nous aurons occasion de revenir, et qui montre bien quelle peut être l'utilité de la *possessio juris* : Vous avez bâti sur votre terrain ; j'intente l'action confessoire pour faire juger que vous n'en aviez pas le droit : *non defendis*, vous ne me donnez pas la caution *judicatum solvi* : alors la possession me sera transférée, non pas en ce sens que je pourrai immédiatement faire démolir, mais en ce sens que je le pourrai si, dans un certain délai, vous n'avez pas agi pour justifier de votre *jus ædificandi* (1).

— En matière de servitudes prédiales, n'y a-t-il que le propriétaire du fonds dominant qui puisse exercer l'action confessoire ? Celui qui a sur ce fonds un droit de gage ou un droit d'emphytéose peut également l'exercer, mais seulement comme action utile (2). Et quant à celui qui a l'usufruit, ce n'est point l'action attachée à la servitude qu'il exerce comme action utile : car il a une action directe en sa qualité même d'usufruitier. *Si fundo fructuario servitus debeatur*, dit Ulpien, *Marcellus*, *lib.* VIII *apud Julianum, Labeonis et Nervæ sententiam probat, existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verùm usumfructum vindicaturum ; ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire agere, teneri ei quasi non patiatur uti frui* (3).

— Contre qui peut être intentée l'action confessoire ? Nous avons par avance répondu à cette question, en disant qu'elle est donnée non-seulement à celui dont le droit est contesté, mais même à celui qui dans l'exercice de son droit rencontre un simple obstacle de fait. L'action confessoire peut être intentée soit contre le propriétaire, soit contre toute personne qui en fait gêne ou empêche l'exercice du droit de servitude (4).

— Je rappelle que, dans l'*intentio* de l'action confessoire, le demandeur doit avoir bien soin d'exprimer les restrictions au droit commun qui peuvent avoir été établies relativement à l'étendue de la servitude qu'il revendique : autrement il encourrait la plus-pétition (5).

(1) L. 45, D., *De damno inf.* (39, 2).
(2) Julien, L. 16, D., *De servitut.* (8, 1).
(3) L. 1 pr., D., *Si ususfr. pet.* Voy. aussi L. 5 § 1 *eod. Tit.*
(4) Ulpien, L. 5 § 1, D., *Si ususfr. pet.*, et L. 10 § 1, D., *Si serv. vindic.*
(5) *Fragm. du Vatican*, §§ 52 et 53. Comp. notre t. I, p. 511.

De l'action négatoire.

Après avoir parlé de l'action confessoire, Justinien continue ainsi : *Contrà quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem proditæ sunt actiones, ut, si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ* (1).

Cette action par laquelle je prétends qu'une certaine chose n'est pas grevée de tel droit de servitude s'exerce dans la même forme que la revendication et que l'action confessoire. Au fond, il y a là une véritable affirmation, l'affirmation que je suis plein propriétaire. Aussi faut-il admettre qu'une condition essentielle pour intenter avec succès l'action négatoire, c'est d'avoir la qualité de propriétaire. Cela n'a jamais été contesté en matière de servitudes prédiales. En matière d'usufruit, voici un texte d'Ulpien qui présente une certaine obscurité : *Quamquam actio negativa domino competat adversùs fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quàm alieno, cùm invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quod si fortè qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen, jure quo possessores sunt potiores licet nullum jus habeant* (2). Il suffit de lire attentivement ce texte pour reconnaître bien vite que le *fructuarius* dont parle Ulpien, ce n'est point un véritable usufruitier, c'est un homme qui prétend avoir l'usufruit et qui se comporte en conséquence. Cela ressort notamment de cette petite proposition : *quamvis fructuarius jus utendi non habet*. Et alors voici le sens bien simple du texte : « Quoiqu'une action négatoire soit donnée au pro-« priétaire contre l'homme qui se prétend usufruitier, cependant « il s'agit pour ce propriétaire de son propre droit plutôt que du « droit d'autrui : en effet, il nie que le prétendu usufruitier ait le

(1) Inst., § 2 (3e phrase) *De action.*
(2) L. 5 pr., D., *Si ususfr. pet.*

« droit de se servir de sa chose malgré lui, ou il affirme que lui-« même a le droit de l'empêcher de s'en servir. S'il se trouve que « le demandeur n'est pas propriétaire, alors le prétendu usufrui-« tier, bien que n'ayant réellement pas le droit de se servir de la « chose, triomphera cependant, par suite de la règle qui veut que « le possesseur l'emporte quoique n'ayant aucun droit. »

Ce texte est donc la consécration la plus formelle du principe que, pour intenter avec succès l'action négatoire, il faut absolument être propriétaire. Pothier n'a pas compris la décision d'Ulpien : aussi arrive-t-il à dire, ce qui en soi est dénué de toute raison : « Dans l'action négatoire, le demandeur doit bien être propriétaire quand il s'agit d'une servitude prédiale; mais cela n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un droit d'usufruit » (1). — Voici, au surplus, un texte d'Ulpien lui-même, qui prouve que ce jurisconsulte n'a jamais eu l'idée d'une pareille distinction : *De servitutibus in rem actiones competunt nobis (ad exemplum earum quæ ad usumfructum pertinent), tàm confessoria quàm negatoria : confessoria, ei qui servitutes sibi competere contendit ; negatoria, domino qui negat* (2).

— Une question sur laquelle on a beaucoup discuté est celle de savoir comment la preuve doit être faite dans l'action négatoire, quelle preuve doit faire le demandeur. Sur cette question, voici les trois opinions principales qui se sont produites :

1° Le demandeur doit toujours prouver l'inexistence de la servitude. En effet, de même que dans la revendication c'est au demandeur à prouver sa propriété, de même ici ce doit être à lui à prouver sa pleine propriété. D'ailleurs Africain décide bien que, dans l'action négatoire comme dans l'action confessoire, c'est au demandeur à justifier sa prétention, lorsqu'il dit : *Si priusquàm ædificatum esset ageretur jus vicino non esse ædes altiùs tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait quàm ut eum cum quo ageretur cavere juberet* NON PRIUS SE ÆDIFICATURUM QUAM ULTRO EGISSET JUS SIBI ESSE ALTIUS TOLLERE. *Idemque e contrario, cùm quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altiùs*

(1) *Pand. Justin.*, Tit. *Si usufructus petatur*, n° 8.

(2) L. 2 pr., D., *Si serv. vindic.*

tollere, eo non defendente, similiter (inquit) officio judicis continebitur ut cavere adversarium juberet NEC OPUS NOVUM SE NUNCIATURUM NEC ÆDIFICANTI VIM FACTURUM. *Eâque ratione hactenùs is qui rem non defenderet punietur, ut jure suo probare necesse haberet : id enim esse petitoris partes sustinere* (1). Le défendeur qui ne veut pas *defendere*, c'est-à-dire fournir la caution *judicatum solvi*, est puni en ce qu'il devra prouver son droit : donc, s'il avait voulu *defendere*, il n'aurait eu rien à prouver, et tout le fardeau de la preuve eût incombé au demandeur.

2° En général, le demandeur n'a pas à prouver l'inexistence de la servitude. En effet, cette inexistence est le droit commun : elle doit donc se présumer. Seulement, lorsqu'il reconnaît que le défendeur a eu un droit de servitude, mais en ajoutant qu'aujourd'hui ce droit est perdu, c'est à lui à prouver que telle cause a dû en amener l'extinction. — Dans ce système, on explique la décision d'Africain (L. 15, D., *De op. novi nunciat.*), en disant : « Le demandeur a quelque chose à prouver, cela est incontestable ; mais qu'a-t-il à prouver ? Africain ne le dit pas. Ce ne peut pas être l'inexistence de la servitude ; c'est seulement sa qualité de propriétaire. »

3° Pour savoir si le demandeur doit prouver l'inexistence de la servitude, il y a une distinction à faire : il faut voir si sa prétention est contraire ou conforme à l'état de fait actuellement existant. A-t-il la *possessio juris :* il n'a rien à prouver. Est-ce au contraire l'adversaire qui en fait exerce la servitude : le demandeur est tenu de prouver qu'en droit cette servitude n'existe pas. — Ulpien fait cette distinction : *Si quæritur*, dit-il, *quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait ; si verò non sunt immissa, eum qui negat* (2).

De ces trois opinions, quelle est la plus plausible ? A mes yeux, c'est la première. La seconde est bien réellement contredite par la L. 15 *De op. novi nunciat.* Dans ce texte, la preuve dont veut parler Africain, c'est une preuve relative au fait litigieux lui-

(1) L. 15, D., *De op. novi nunciat.* (39, 1).
(2) L. 8 § 3, D., *Si serv. vindic.*

même, à l'existence ou à l'inexistence de la servitude. Quant à la question de savoir si le demandeur est propriétaire, la plupart du temps elle ne sera pas soulevée par le défendeur, et alors en fait le demandeur n'aura rien du tout à prouver ; or, Africain semble bien supposer que toujours le demandeur a une preuve à faire. D'ailleurs, quand le défendeur ne donne pas la caution *judicatum solvi*, en quoi consistera sa punition ? A prouver que son adversaire n'est pas propriétaire ! C'est là un genre de preuve que je n'ai jamais vu indiqué dans les textes. — Quant à la troisième opinion, je crois que logiquement elle doit mener trop loin ceux qui l'enseignent. En effet, la distinction qu'ils font pour l'action négatoire, ils doivent la faire aussi pour l'action confessoire, et certes le texte d'Ulpien ne parle pas exclusivement de la première. Voilà donc un homme qui, parce qu'en fait il exerce une servitude, est absolument dispensé de prouver que le droit de servitude lui appartient ! Jamais je ne croirai que ce soit là l'idée qu'Ulpien a voulu exprimer. Son idée me paraît être simplement que celui des deux voisins qui est *possessor* peut provisoirement, au moyen d'interdits, empêcher tout changement. L'état de choses qui actuellement existe en fait, qu'il soit conforme à la prétention de celui qui prétend avoir un droit de servitude ou conforme à la prétention du propriétaire qui prétend que la chose est libre de servitude, cet état de choses ne sera pas modifié tant qu'il n'y aura pas eu jugement sur le fond : voilà, suivant moi, l'avantage indiqué par Ulpien comme appartenant au *possessor*.

Je crois donc que c'est toujours à celui qui intente l'action négatoire à prouver l'inexistence de la servitude. Le défendeur, au moyen d'une *interrogatio in jure*, doit faire connaître comment il aurait acquis la servitude qu'il prétend avoir : le demandeur alors prouve que l'acquisition n'a pas pu s'opérer dans les circonstances indiquées. — Cette explication est conforme aux principes généraux du droit. Elle est, de plus, parfaitement d'accord avec la L. 15 *De op. novi nunciat.* : le défendeur qui ne donne pas la caution *judicatum solvi* est puni, en ce qu'il est maintenant dans la nécessité de prouver qu'il a effectivement le droit de servitude : les rôles sont ainsi véritablement renversés.

Après avoir parlé de l'action négatoire, Justinien ajoute : *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est : nàm in his is agit qui non possidet ; ei verò qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse* (1). Le débat sur l'existence d'un droit de servitude peut se présenter soit sous forme d'action confessoire, soit sous forme d'action négatoire ; le débat sur l'existence d'un droit de propriété ne peut jamais se présenter sous forme d'action négatoire. Comment peut-on expliquer cette différence? On peut l'expliquer historiquement, de la manière suivante :

Aucune question de servitude n'étant en jeu, toute la question étant de savoir à qui appartient le fonds Cornélien, de deux choses l'une : ou je possède le fonds Cornélien, ou je ne le possède pas. Si je le possède, j'ai un interdit au moyen duquel je puis en retenir la possession : je n'ai aucune espèce d'intérêt à prouver que telle personne n'en est pas propriétaire. *Interdictum possessorem prædii tuetur, quod est* UTI POSSIDETIS : *actio enim nunquàm ultrò possessori datur, quippè sufficit ei quòd possideat* (2). Si je ne possède pas le fonds Cornélien, vainement prouverais-je que Titius qui le possède n'en est pas propriétaire : il n'y a pas de raison pour qu'il me l'abandonne tant que je n'aurai pas prouvé que c'est à moi-même qu'il appartient. Dans aucune hypothèse, il n'y a donc ici de place pour l'action négatoire. — Voyons s'il en est encore ainsi quand la question est de savoir si le fonds Cornélien est grevé d'une certaine servitude. Je suis propriétaire et possesseur du fonds sur lequel Titius prétend avoir un droit de servitude : à l'origine, je n'avais aucun interdit pour réprimer des actes d'exercice de ce droit de servitude auxquels il aurait pu se livrer, et alors, pour ne pas me laisser sans défense, il a bien fallu me donner une action négatoire. C'est ainsi que celui qui a un droit de servitude et qui de plus a la *possessio juris*, s'il est troublé dans cette *possessio*, comme à l'origine il n'avait pas d'interdit pour la faire respecter (3), avait obtenu la faculté d'intenter,

(1) Inst., § 2 (4e phrase) *De action.*
(2) Ulpien, L. 1 § 6, D., *Uti possidetis* (43, 17).
(3) Voy. Labéon, L. 20, D., *De servitut.* (8, 1).

quoique *possessor juris*, l'action confessoire. C'est ainsi encore que, sous les actions de la loi, à une époque où la possession comme telle n'était pas protégée par des interdits, il était admis, même en matière de propriété, que chacun des deux adversaires devait jusqu'à un certain point jouer le rôle de demandeur : *uterque vindicabat*. — Une fois que des interdits quasi-possessoires eurent été admis en matière de servitude (1), logiquement on aurait dû arriver à supprimer l'action négatoire, comme aussi à refuser l'action confessoire au *possessor juris*. Mais on n'a fait ni l'un ni l'autre : ici, comme en bien d'autres circonstances, une règle admise sous l'empire d'une certaine cause a survécu à la cause qui seule l'avait fait admettre.

On a essayé d'expliquer autrement l'établissement et le maintien de l'action négatoire en matière de servitudes. « En matière de choses corporelles, a-t-on dit, le possesseur n'a pas besoin d'une action négatoire, il lui suffit d'avoir des interdits : l'adversaire dont il aura triomphé au moyen d'un interdit le laissera maintenant tranquille, ne le troublera plus. Au contraire, entre personnes dont les droits concourraient sur la même chose, un règlement définitif est plus nécessaire : celui qui prétend exercer une servitude sur mon fonds ne se tiendra pas pour battu tant que je n'aurai pas obtenu une sentence déclarant qu'il n'a pas le droit. Il y a une sorte d'intérêt public à ce que je puisse obtenir cette sentence, à ce que je ne sois pas réduit à me contenter d'une décision sur le possessoire : c'est un moyen de prévenir des rixes et des voies de fait. » Cette deuxième explication a certainement quelque valeur, surtout si nous supposons que la difficulté porte, non sur l'existence même du droit de servitude, mais sur son étendue.

Dans le § 2 *De actionibus*, il ne nous reste plus qu'à expliquer cette phrase finale, qui a donné lieu à tant d'interprétations, à tant de conjectures : *Sanè uno casu qui possidet nihilominùs actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit*. Nous y reviendrons un peu plus loin, après avoir expliqué le § 4 (consacré à l'action Publicienne), attendu que, suivant

(1) Voy. Javolenus, L. 20 *De servitut.*, déjà citée.

un assez grand nombre de personnes, cette phrase obscure se réfère à l'action Publicienne.

ACTIONS IN REM PRÉTORIENNES.

A côté des actions *in rem* civiles, il y a des actions *in rem quas Prætor ex suâ jurisdictione comparatas habet* (1). Toute action est indiquée dans l'Edit, toute formule d'action est rédigée et délivrée par le magistrat; mais il y a ici quelque chose de plus: c'est le magistrat lui-même qui, pour corriger ou pour compléter le *jus civile*, confère le droit d'agir. Les actions ainsi créées par le Préteur sont tantôt des actions fictices (action Publicienne, action rescisoire, action Paulienne), et tantôt des actions *in factum* (action Servienne et action quasi Servienne ou hypothécaire). Nous nous occuperons d'abord des actions fictices. Deux de ces actions, l'action Publicienne et l'action rescisoire, sont parfaitement désignées comme fictices dans le texte des Institutes : *Ecce plerumque Prætor ità permittit in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel ex diverso possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit* (2). De même pour l'action Paulienne : il est permis aux créanciers d'un homme *qui rem suam alicui tradiderit, dicere eam rem traditam non esse* (3).

De l'action Publicienne.

L'action Publicienne se lie étroitement à la matière de l'usucapion. Je rappelle avant tout que, du temps des jurisconsultes, l'usucapion s'appliquait dans deux cas distincts, savoir : 1° au profit de celui qui avait reçu *a domino*, mais par simple tradition, une chose *mancipi ;* 2° au profit de celui qui avait reçu *a non domino*, mais de bonne foi, une chose quelconque (4).

(1) Inst., § 3 *De action.*
(2) § 3 *in fine De action.*
(3) Inst., § 6 *De action.*
(4) Voy. notre t. I, p. 544 et suiv.

Sur l'action Publicienne, voici ce que nous trouvons aux Institutes. « Celui à qui une chose a été livrée *ex justâ causâ*, à titre « de vente ou de donation ou de dot ou de legs, et qui n'en est « pas encore devenu propriétaire, s'il vient à en perdre la posses-« sion, n'a aucune action *in rem* directe pour poursuivre cette « chose : car le droit civil donne des actions pour permettre au « propriétaire de revendiquer ce qui lui appartient. Toutefois, « comme il était bien dur qu'aucune action ne fût donnée dans le « cas qui nous occupe, le Préteur a établi une action dans laquelle « celui qui a perdu la possession dit qu'il a usucapé la chose et en « conséquence la revendique comme sienne. Cette action est ap-« pelée Publicienne, parce qu'elle a été indiquée pour la première « fois dans l'Edit par le préteur Publicius » (1).

Le préteur Publicius paraît avoir été contemporain de Cicéron.

Voici, d'après Gaius, comment était conçue l'*intentio* dans la formule de l'action Publicienne : *Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tùm si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret...* (2).

Il me paraît incontestable que l'action Publicienne appartient à toute personne qui était *in causâ usucapiendi* au moment où elle a perdu la possession. On peut seulement admettre avec certains auteurs que cette action a été originairement introduite au profit de la personne à qui une chose *mancipi* a été livrée *a domino:* quant à celle qui a reçu de bonne foi *a non domino*, on la favorise suffisamment en lui permettant d'arriver à la propriété au bout d'un an ou de deux ans de possession. Il est, en effet, assez remarquable que Gaius (Comment. IV, § 36) ne parle ni de *non dominus* ni de *bona fides.* — Il est vrai que le texte de l'Edit, rapporté au Digeste, est ainsi conçu : *Si quis id quod traditur ex justâ causâ non a domino et nondùm usucaptum petet, judicium dabo* (3). On allègue que les mots *non a domino* doivent avoir été ajoutés par les commissaires de Justinien, attendu que tous les termes de l'Edit, sauf ces trois mots, sont commentés dans la suite du Titre. Mais je fais remarquer que, d'après le jurisconsulte Ulpien (L. 7 § 11 *hoc Tit.*), le Préteur di-

(1) § 4 *De action.*
(2) Comment. IV, § 36.
(3) L. 1 pr., D., *De public. in rem act.* (6, 2).

sait : *Qui bonâ fide emit;* or, supposer l'acheteur de bonne foi, c'est nécessairement supposer le vendeur *non dominus*. — Tout ce qu'on peut dire, c'est que les mots *non a domino* ou *bonâ fide* ne figuraient pas dans l'Edit de Publicius, mais auront ensuite été ajoutés dans l'Edit de ses successeurs.

De ce que l'action Publicienne peut être intentée par un homme qui n'est pas *dominus*, il ne faudrait pas conclure qu'elle ne sera jamais intentée par le *dominus*. Le *dominus*, à qui la voie de la revendication est ouverte, préférera souvent employer l'action Publicienne: alors, en effet, pour triompher il lui suffira de prouver que la chose lui a été livrée *ex justâ causâ*. — C'est ainsi qu'un homme appelé à une hérédité par le droit civil laisse souvent dormir cette qualité d'héritier, pour se présenter simplement comme *bonorum possessor*.

— L'action Publicienne est donnée à un homme qui, avant d'avoir perdu la possession, pouvait usucaper. Cela suppose que la chose n'est affectée d'aucun des vices qui empêchent l'usucapion: il ne s'agit ni d'une *res furtiva*, ni d'une *res vi possessa*, ni d'une chose déclarée inaliénable (1).

Du reste, il paraît que l'action Publicienne pouvait être donnée même relativement à des choses non susceptibles d'usucapion, par exemple relativement aux servitudes. *Si de usufructu agatur tradito*, dit Ulpien, *Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis vel per patientiam...; item rusticorum: nàm et hìc traditionem et patientiam tuendam constat* (2). Ulpien suppose évidemment une quasi-tradition faite par le propriétaire: la servitude n'est pas acquise *jure civili ;* mais celui qui l'exerce du consentement du propriétaire aurait, en cas de besoin, la Publicienne, c'est-à-dire une sorte d'action confessoire utile. J'en dirais autant s'il y avait eu *quasi traditio* ou *patientia non domini, quem juris possessor dominum esse credebat*.

Que décider relativement aux fonds provinciaux? Justinien dispose que celui qui, pouvant invoquer la prescription de dix ou vingt ans, vient à perdre la possession, a une action *ad vindican-*

(1) Voy. notre t. I, p. 549 et suiv.
(2) L. 11 § 1, D., *De public. in rem act.*

dam rem; puis il ajoute: *Hoc enim et veteres leges, si quis eas rectè inspexerit, sanciebant* (1). Quelle est la nature de cette action admise déjà dans l'ancien droit? Nous n'avons sur ce point aucune espèce de renseignement. On lit dans un texte de Paul: *In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si fortè bonâ fide mihi tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bonâ fide emero* (2). On peut croire que ces *alia prædia quæ usucapi non possunt* ne sont autre chose que les fonds provinciaux. Il semble donc résulter de ce texte que l'action Publicienne est donnée à celui qui vient à perdre la possession d'un fonds provincial avant d'avoir accompli le temps voulu pour la *præscriptio longi temporis*.

— Revenons aux choses susceptibles d'usucapion, c'est-à-dire aux choses corporelles, meubles ou fonds italiques.

Celui qui, étant *in causâ usucapiendi*, vient à perdre la possession, celui-là triomphera-t-il au moyen de l'action Publicienne contre le possesseur actuel quel qu'il soit? Oui, en principe. Il triomphera même contre le véritable propriétaire, à moins que celui-ci n'ait eu soin de faire insérer dans la formule l'exception *justi dominii*: en l'absence de cette exception, le juge, obéissant aux instructions contenues dans la formule, n'aurait aucun compte à tenir de la circonstance que le défendeur est précisément le propriétaire de la chose. *Exceptio justi dominii*, dit Paul, dans une annotation sur Papinien, *Publicianæ objicienda est* (3). Neratius dit, de son côté: *Publiciana actio non ideò comparata est ut res domino auferatur* (*ejusque rei argumentum est primò æquitas, deindè exceptio* SI EA RES POSSESSORIS NON SIT), *sed ut is qui bonâ fide emit possessionemque ex eâ causâ nactus est, potiùs rem habeat* (4).

Quoique le défendeur soit propriétaire, quoiqu'il ait eu soin de faire insérer dans la formule l'exception *justi dominii*, il est encore possible que le demandeur triomphe. Supposez que le propriétaire ait vendu ou donné à ce demandeur la chose dont il s'agit: il com-

(1) L. 8 pr., C., *De præscr.* XXX *vel* XL *annor*.(7, 39).
(2) L. 12 §§ 2 et 3, D., *De public. in rem act.*
(3) L. 16, D., *De public. in rem act.*
(4) L. 17, *cod. Tit.*

met un dol, en voulant aujourd'hui la garder, à l'encontre de son acheteur ou de son donataire. Que celui-ci fasse insérer dans la formule la réplique de dol, il paralysera de cette manière l'exception *justi dominii*. C'est ainsi que, si l'acheteur ou le donataire possédait encore, le vendeur ou donateur s'avisant de revendiquer contre lui serait repoussé au moyen de l'exception de dol.

Attachons-nous au cas de vente. Titius m'a vendu une chose *mancipi* dont il était propriétaire, et me l'a simplement livrée ; ou bien il m'a vendu et livré une chose même *nec mancipi* qui ne lui appartenait pas, et, quelque temps après, il est devenu l'unique héritier du propriétaire. Je viens à perdre la possession de la chose avant de l'avoir usucapée, et la possession passe précisément à Titius : si j'intente la Publicienne, et que Titius m'oppose l'exception *justi dominii*, je triompherai en définitive au moyen de la réplique de dol. Mais, remarquons-le bien, cette réplique de dol ne peut être invoquée que contre le vendeur ou contre son héritier : pour me protéger plus complétement, pour me protéger même contre un acquéreur à titre onéreux de mon vendeur, on a établi à mon profit une *replicatio rei venditæ et traditæ* (1). Alors, mon vendeur eût-il transféré la propriété à un tiers de bonne foi *qui certat de damno vitando*, je paralyserai l'exception *justi dominii* opposée par ce tiers, comme je paralyserais la même exception opposée par mon vendeur. J'ai ainsi la chose *in bonis*, c'est-à-dire qu'en réalité j'ai une sorte de propriété opposable à tout le monde. *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deindè Titius Sempronio heres exstiterit, et eumdem fundum Mævio vendiderit et tradiderit, Julianus ait æquius esse Prætorem te tueri : quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparatâ vel doli mali summoveretur ; et, si ipse eum possideret et Publicianâ peteres, adversùs excipientem* SI NON SUUS ESSET *replicatione截 untereris. Ac per hoc intelligeretur eum fundum rursùm vendidisse quem in bonis non haberet* (2).

Supposons, maintenant, que le défendeur à la Publicienne n'est

(1) Le donataire aurait de même une *replicatio rei donatæ et traditæ*.

(2) Ulpien, L. 4 § 32, D., *De doli mali et met. except.* (44, 4). Voy. aussi Hermogénien, L. 3, D., *De except. rei vend. et trad.* (21, 3).

pas propriétaire, mais qu'il est lui-même *in causâ usucapiendi* : l'ex-possesseur triomphera-t-il contre lui au moyen de cette Publicienne? Pas de difficulté si le défendeur tient la chose du même homme qui l'avait vendue au demandeur : puisque, comme nous venons de le voir, le défendeur même propriétaire devrait succomber, à plus forte raison ferons-nous succomber le défendeur qui est simplement *in causâ usucapiendi*. Mais *quid* si le défendeur ne tient pas la chose du même homme qui l'a vendue au demandeur? Sur ce point, les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord. D'après Julien, dont l'opinion est suivie par Ulpien, la préférence est due au possesseur actuel (1); au contraire, d'après Nératius, ici comme dans le cas où les deux adversaires ont reçu la chose *ab eâdem personâ*, il faut préférer celui qui l'a reçue le premier (2). La doctrine de Julien et d'Ulpien me paraît seule conforme aux principes.

— Il y a des personnes qui ont une chose *in bonis* sans l'avoir jamais possédée. Tel est l'héritier fidéicommissaire : *factâ in fideicommissarium restitutione*, dit Gaius, *statim omnes res in bonis fiunt ejus cui restituta est hereditas*, *etsi nondùm earum nactus fuerit possessionem* (3). Tels sont encore le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor* (4). Ces différentes personnes, n'ayant pas encore possédé, n'ont point l'action Publicienne; mais elles ont une autre action fictice. D'abord, en vertu du Sénatusconsulte Trébellien, le Préteur donne au fidéicommissaire des actions utiles comme s'il était héritier (5). Celui qui a demandé la *bonorum possessio* agit également *ficto se herede* (6). Quant au *bonorum emptor*, il pouvait agir *ficto se herede;* il pouvait aussi intenter une action dont l'*intentio* était au nom du débiteur exproprié, tandis que la *condemnatio* était au nom de lui-même *emptor* (7).

Nous disons que l'héritier fidéicommissaire ne peut pas exercer

(1) L. 9 § 4, D., *De public. in rem act.*
(2) L. 31 § 2, D., *De action. empti* (19, 1).
(3) L. 63 pr., D., *Ad Senatusc. Trebell.* (36, 1).
(4) Gaius, III, § 80.
(5) Gaius, II, § 253.
(6) Gaius, IV, § 34.
(7) Gaius, IV, § 35. Comp. ci-dessus, p. 138 et 139.

l'action Publicienne tant qu'il n'a pas réellement pris possession. On pourrait nous opposer un texte de Paul, ainsi conçu : *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publicianâ* (1). Mais ce texte suppose une action Publicienne déjà née en la personne du défunt. Il n'est qu'une application particulière du principe général ainsi formulé par Ulpien : *Hæc actio et heredi et honorariis successoribus competit* (2). — Un passage de Gaius montre bien que jamais l'action Publicienne ne peut naitre en la personne de celui qui n'a pas encore possédé. Les Proculiens traitent le legs *per præceptionem* fait à un *extraneus* comme s'il avait été fait *per vindicationem*. Supposons que la chose ainsi léguée *per præceptionem* fût *in bonis tantùm testatoris* : le légataire va-t-il immédiatement par l'effet du legs se trouver dans la position où était le testateur, avoir la chose *in bonis?* Non : *ex Senatusconsulto utile erit legatum* (3), ce qui veut dire que le légataire, comme au cas du legs *per damnationem*, n'acquiert qu'un droit de créance, qu'une action personnelle. Ainsi le testateur qui est *dominus ex jure Quiritium* peut investir directement son légataire de la revendication; celui qui a seulement *in bonis* la chose léguée ne peut pas directement investir son légataire de l'action Publicienne.

Nous pouvons maintenant comprendre les deux explications principales qui ont été données jusqu'à présent de la phrase finale du § 2 *De actionibus*. Quel est ce cas unique où *qui possidet nihilominùs actoris partes obtinet?* Suivant les uns, c'est le cas où le défendeur à l'action Publicienne, opposant l'exception *justi dominii*, doit prouver qu'il est propriétaire. Suivant d'autres, c'est le cas où le possesseur intente l'action négatoire. Apprécions successivement ces deux explications :

D'après la première, notre texte renverrait aux LL. 16 et 17, D., *De public. in rem actione*. On fait remarquer à l'appui que le § 2 *De action.* dans ses trois premières phrases suppose un pro-

(1) L. 12 § 1, D, *De public. in rem act.*
(2) L. 7 § 9 *hoc Tit.*
(3) Gaius, II, § 222.

cès en matière de servitude, mais que dans la quatrième phrase il s'agit de *controversiæ rerum corporalium* et qu'il doit encore en être ainsi dans la cinquième. On ajoute que Justinien ne dit pas, en parlant du possesseur, *agit*, mais *actoris partes obtinet* : il pense donc, non pas à un cas où le possesseur est réellement demandeur, mais à un cas où il est traité comme s'il était demandeur (1). — Voici maintenant deux objections qui ont été présentées. D'abord on a fait remarquer que dans notre §2 *in fine* il n'y a pas *actoris partes sustinet*, mais *actoris partes obtinet*, ce qui semble indiquer un avantage accordé et non une charge imposée au possesseur. Cette objection n'est pas sérieuse : car les deux mots *obtinere* et *sustinere* sont employés indifféremment l'un pour l'autre dans un grand nombre de textes (2). Une deuxième objection consiste à dire que, d'après la paraphrase de Théophile, il semble bien être question d'un possesseur qui réellement intente une action : ὁ νεμόμενος, dit Théophile, δύναται κινεῖν τὴν *in rem*. A cela je réponds que les jurisconsultes romains disent *agere* même à propos d'un défendeur qui invoque une exception (3), et que Théophile peut très-bien avoir parlé un langage analogue. Mais il y a quelque chose de mieux : après la petite phrase qui vient d'être citée, Théophile lui-même ajoute immédiatement : ὅστις καὶ νέμεται καὶ τάξιν ἄκτωρος ἐπέχει, ce que Reitz traduit ainsi : *qui et possidet et actoris locum obtinet*. — En somme, cette première explication m'a toujours paru et me parait encore très-admissible, bien que j'aie fini par l'abandonner.

D'après la deuxième explication, les rédacteurs des Institutes ont voulu dire : « Celui qui possède peut néanmoins intenter une action, l'action négatoire. » D'abord de quelle possession en-

(1) On dit, aux Institutes mêmes : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (§ 4 *in fine De legatis*). Et Africain dit mieux encore : *Jure suo probare necesse habere, est petitoris partes sustinere* (L. 15 *in fine*, D., *De op. novi nunc.*).

(2) Ainsi Paul, dans la L. 6 § 6, D., *De Carbon. edicto* (37, 10), se demande si une personne doit *actoris partes sustinere*, et répond qu'elle doit au contraire *rei partes sustinere*. De même, dans la L. 5 *in fine*, D., *De fidej.* (46, 1), Ulpien, supposant qu'un des *duo rei stipulandi* devient héritier de l'autre, dit : *Duas species obligationis sustinebit*.

(3) Voy. L. 1, D., *De except.* (44, 1).

tend-on parler ? est-ce de la *possessio juris*, ou de la possession proprement dite, de la *possessio rei?*

1° Certaines personnes ont en vue la *possessio juris* : car, à l'appui de l'explication dont il s'agit, elles se bornent à invoquer la L. 6 § 1, D., *Si servitus vindic.* L'explication alors, je n'hésite pas à le dire, n'est point sérieuse. En effet, d'abord *qui possidet* dans la quatrième phrase de notre § 2 désignant incontestablement un *possessor rei*, il est impossible que les rédacteurs dans la cinquième phrase donnent immédiatement et, sans nous en prévenir, à la même expression un sens tout différent, et qui plus est, un sens impropre. D'ailleurs, s'il s'agit de *possessio juris*, ce n'est pas *uno casu*, c'est *duobus casibus*, que le possesseur peut former une demande : ce n'est pas seulement au cas de l'action négatoire, c'est tout aussi bien au cas de l'action confessoire.

2° Si l'on a en vue la *possessio rei*, l'explication est plus sérieuse. Elle se formule ainsi : « La phrase finale du § 2 signifie que celui qui possède une chose peut intenter une action pour faire reconnaître que ladite chose n'est point grevée de telle ou telle servitude. » — A cette explication j'oppose les trois objections suivantes : D'abord il est bizarre qu'après avoir parlé dans la quatrième phrase des *controversiæ rerum corporalium*, on se trouve dans la cinquième revenir aux procès en matière de servitudes. Il est également difficile de croire que, voulant parler de l'action négatoire dont on s'était occupé dans le § 2 lui-même, on renvoie, non pas à ce qu'on vient d'en dire, mais à ce qui en est dit *in latioribus Digestorum libris*. Enfin, avec l'explication dont il s'agit, le texte est inexact : le possesseur d'un fonds peut former une demande, non pas seulement pour faire juger que son fonds est libre de telle servitude (*action négatoire*), mais également pour faire juger que son fonds a un droit de servitude, qu'il est fonds dominant par rapport à un immeuble voisin (*action confessoire*). — J'ai toujours été surpris, pour ma part, que cette explication ait pu réunir un assez grand nombre de partisans (1).

(1) Je me borne à indiquer rapidement plusieurs explications beaucoup moins répandues, et pour lesquelles il n'est pas besoin d'une réfutation spéciale :

1° Le possesseur d'une hérédité peut intenter l'action *familiæ erciscundæ*, et,

Je propose une explication nouvelle. Si Justinien dit que le cas unique auquel il songe *opportuniùs apparebit in latioribus Digestorum libris*, il est permis d'en conclure que le cas en question appartient à une matière non traitée dans les Institutes. Je crois que Justinien se réfère à la *nunciatio novi operis*. Mon voisin entreprend un certain travail, une innovation contraire à une *possessio rei* ou à une *possessio juris* que j'avais jusqu'alors : je pourrais, suivant les cas, procéder contre lui au moyen d'un interdit possessoire ou quasi-possessoire. Mais je tiens surtout à l'arrêter de suite, je tiens à ce que le travail ne soit pas continué un seul instant : pour cela je puis recourir à la *nunciatio novi operis*. Quel en sera l'effet? D'une part, toute continuation du *novum opus* avant que la question n'ait été jugée au fond sera considérée comme illicite, et immédiatement, au moyen d'un interdit spécial, je pourrai obtenir le rétablissement de l'état de choses existant lors de la *nunciatio* (1). Mais, d'autre part, en faisant la *nunciatio*, par là même je renonce à tous moyens possessoires qui m'appartenaient : il faudra que j'intente, suivant les cas, la revendication ou l'action négatoire ou l'action confessoire, et que je prouve que le voisin n'a pas le droit de faire l'*opus* entrepris : faute de l'avoir

si le défendeur lui conteste la qualité d'héritier, le juge même de l'action *familiæ erciscundæ cognoscet an coheres sit*. Voy. Gaius, L. 1 § 1, D., *Famil. ercisc.* (10, 2). — Dites-en autant pour l'action *communi dividundo*.

2° Un commodant ou un déposant possède; et cependant il peut, s'il le veut, procéder par voie de revendication contre l'emprunteur ou contre le dépositaire. C'est l'explication d'Accurse.

3° Titius possède une chose *vi*, *clàm* ou *precariò a Sempronio* : Sempronius, qui a la *justa possessio*, peut cependant revendiquer. Voy. Ulpien, L. 3 pr., D., *Uti possid.* (43, 17), et Pomponius, L. 15 § 4, D., *De precario* (43, 26).

4° Le possesseur d'un fonds, poursuivi en revendication, s'il ne fournit pas la caution *judicatum solvi*, doit prendre lui-même le rôle de demandeur.

5° Celui qui possède réellement une chose peut la revendiquer dans le cas exceptionnel où sa possession ne suffit pas pour lui donner sécurité. Par exemple, Titius me remet, à titre de commodat, une certaine chose ; je découvre que cette chose est mienne : je puis immédiatement la revendiquer, avant que les preuves qui sont actuellement à ma disposition n'aient dépéri. De même, je possède une chose, et en ce moment il me serait facile de prouver que j'en suis propriétaire; cependant Titius a contre moi l'action Publicienne : sans attendre qu'il l'intente, je puis prendre les devants et revendiquer contre lui.

(1) Voy. Ulpien, L. 20 pr. et § 4, D., *De op. novi nunciat.* (39, 1).

fait juger dans l'année, l'effet de la *nunciatio* s'évanouirait complétement, et, suivant certains jurisconsultes, je ne pourrais même pas en faire une nouvelle (1). C'est à cela qu'Ulpien fait allusion lorsqu'il dit: *In operis novi nunciatione, possessorem adversarium facimus* (2). Le possesseur qui fait dénonciation de nouvel œuvre transfère à son voisin l'avantage du rôle de défendeur, en ce sens que c'est à lui *nuncians* à prouver que le voisin n'a pas le droit de faire l'*opus* entrepris.

De l'action in rem *rescisoire.*

Nous savons déjà qu'une personne peut quelquefois agir en disant que le possesseur, son adversaire, n'a pas usucapé ce qu'en réalité il a usucapé (3). Cette action *in rem fictitia* peut avoir lieu dans deux cas distincts. Ulpien nous les fait connaître en quelques mots lorsqu'il dit, à propos de l'*in integrum restitutio* qui peut être accordée à des majeurs de 25 ans : *Hujus Edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur : læsum enim jus, per id tempus quo quis Reipublicæ operam dabat vel adverso casu laborabat, corrigitur ; nec non adversùs eos succurritur, ne vel obsit vel prosit quod evenit* (4). Reprenons successivement les deux cas.

Premier cas. — Une chose a été usucapée pendant que le propriétaire était empêché pour une cause légitime de veiller à sa conservation. Ce propriétaire peut avoir été empêché par crainte, ou parce qu'il était absent pour un service public, ou parce qu'il était retenu *in vinculis* ou *in servitute*, ou enfin parce qu'il était *in hostium potestate*. Il serait inique de maintenir l'usucapion. Le Préteur peut venir de trois manières au secours du propriétaire dépouillé dans de semblables circonstances :

1° Le Préteur peut lui permettre de revendiquer *rescissâ usu-*

(1) Voy. Justinien, L. un., C., *De novi op. nunciat.* (8, 11). Justinien veut qu'il y ait jugement sur le fond dans les trois mois.

(2) L. 1 § 6, D., *De op. novi nunciat.* Voy. aussi L. 5 § 10 *eod. Tit.* (ci-dessus, p. 492).

(3) Inst., § 3 *in fine De action.* Comp. ci-dessus, p. 500.

(4) L. 1 pr., D., *Ex quib. caus. maj.* (4, 6).

capione, comme si l'usucapion n'avait pas été accomplie contre lui.

2° Si l'ex-propriétaire se trouve en possession, le Préteur peut lui accorder une exception, à l'effet de paralyser la revendication dirigée contre lui. Comme le dit Ulpien, *exemplo rescissoriæ actionis*, *etiam exceptio ei qui Reipublicæ causâ abfuit competit*, *fortè si res ab eo possessionem nacto vindicentur* (1).

3° Enfin, l'ex-propriétaire intentant la Publicienne contre celui qui a usucapé, le Préteur peut rescinder l'exception *justi dominii* que voudrait invoquer le défendeur. C'est ce que dit Papinien, dans un texte dont voici la traduction : « Il est certain que le « mandat de vendre des esclaves finit par la mort du mandataire. « Mais, si, par suite d'une erreur, ses héritiers, n'ayant point l'in- « tention de commettre un vol, voulant remplir la mission donnée « au défunt, ont vendu des esclaves, il faut admettre que les ache- « teurs les ont usucapés. Du reste, le marchand d'esclaves (le « mandant), revenu de province, intentera utilement l'action Pu- « blicienne (2), attendu que l'exception *justi dominii* n'est donnée « que *cognitâ causâ*, et qu'il ne faut pas que celui qui s'est fié à « une certaine personne soit victime de l'erreur ou de l'impé- « ritie de ses héritiers » (3).

Deuxième cas. — L'usucapion s'est accomplie au profit d'un absent. Par exemple, une chose est vendue et livrée à Titius; Titius la remet à un fermier, qui va posséder pour lui ; puis Titius part, et il reste longtemps absent. Il est même possible que l'usucapion commence au profit d'un individu pendant son absence : il a laissé un pécule à son esclave, celui-ci achète une chose et la possède *ex peculiari causâ* (4). Ici encore il convient de venir au secours du propriétaire dépouillé par l'usucapion : pendant que l'usucapion était en train de courir contre lui, il ne lui était pas possible d'actionner le possesseur. — Tandis que, dans le premier

(1) L. 28 § 5, D., *Ex quib. caus. maj.*

(2) Lisez *utiliter* ou *non inutiliter acturum*. Il y a, dans les Basiliques, καλῶς κινεῖ.

(3) L. 57, D., *Mandati* (17, 1).

(4) Voy. Tryphoninus, L. 12 § 2, D., *De captiv.* (49, 15).

cas, on ne rescindait l'usucapion au profit de l'absent qu'autant que l'absence était justifiée, il est évident qu'ici au contraire on rescindera l'usucapion contre l'absent quel que soit le caractère de l'absence et même surtout si elle n'a aucune cause légitime. Ulpien remarque que cette distinction était faite dans l'Edit du Préteur : *Erit notandum*, dit-il, *quòd plus Prætor expressit cùm adversùs eos restituit quàm cùm subvenit : nàm hic non certas personas enumeravit adversùs quas subvenit, ut suprà; sed adjecit clausulam quâ omnes, qui absentes non defenduntur, complexus est* (1).

Pour que l'usucapion soit ainsi rescindée contre celui qui l'avait acquise, il n'est pas nécessaire qu'il ait été absent ; il suffit que, pour une raison quelconque, il n'ait pas été possible au propriétaire de le poursuivre. *Ait Prætor* : AUT CUM EUM INVITUM IN JUS VOCARE NON LICERET. *Hæc clausula ad eos pertinet quos, more majorum, sine fraude in jus vocare non licet* : *ut Consulem, Prætorem cæterosve qui imperium potestatemve quam habent*... (2). — Réciproquement, la rescision n'aurait pas lieu si le propriétaire avait pu s'attaquer à un *defensor* du possesseur. Elle n'aurait pas lieu non plus si le propriétaire avait pu à temps se faire envoyer en possession des biens (3).

Le deuxième cas de rescision de l'usucapion est véritablement devenu inutile dans le droit de Justinien. D'après une Constitution de cet empereur, lorsque le possesseur est absent ou que pour une autre cause il ne peut pas être actionné, le propriétaire peut *adire Præsidem provinciæ vel libellum ei porrigere* : il lui suffit d'exposer ainsi sa réclamation pour obtenir *plenissimam interruptionem*. A défaut du Président de la province, le propriétaire peut également s'adresser à l'évêque ou au *defensor civitatis*, etc. (4).

— Dans les Institutes, on ne mentionne spécialement que le deuxième des cas qui viennent d'être indiqués ; mais, par une singulière étourderie, on mentionne la condition qui n'est exigée que dans le premier, à savoir, que l'absence ait une cause légitime. Voici ce qu'on dit, après avoir parlé de l'action Publicienne : *Rur-*

(1) L. 21 § 1, D., *Ex quib. caus. maj.*
(2) Ulpien, L. 26 § 2 *eod. Tit.*
(3) Ulpien, L. 23 § 4 *eod. Tit.*
(4) L. 2, C., *De annali except.* (7, 40).

sius ex diverso, si quis, cùm Reipublicæ causâ abesset vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicæ causâ abesse desierit, tunc intrà annum, rescissâ usucapione, eam rem petere, id est ità petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse (1). — Du reste, voici deux règles qui s'appliquent également au premier cas et au deuxième :

1° L'action rescisoire doit toujours être intentée dans le délai d'un an. D'après le texte même de l'Édit, l'action est donnée *intrà annum quo primùm de eâ re experiundi potestas erit* (2). — Sous Justinien, l'année utile est remplacée par quatre années continues (3).

2° L'action rescisoire est fondée sur un motif d'équité : il ne faut pas qu'elle amène un résultat inique à l'encontre du possesseur qui a usucapé. Comme le dit Papinien, *si is qui Reipublicæ causâ abfuit, fundum petat, utilis possessori pro evictione competit actio. Item, si privatus a milite petat, eadem æquitas est emptori restituendæ pro evictione actionis* (4). Le possesseur ayant une fois usucapé, il ne devait plus être question d'éviction ni, par conséquent, d'action en garantie à exercer contre son vendeur ; puisqu'on permet à l'ancien propriétaire de l'évincer, il faut par contre-coup lui permettre à lui-même d'agir en garantie contre son vendeur.

Nous venons de voir un homme restitué *in integrum* contre une usucapion accomplie à son préjudice, et pouvant en conséquence exercer une action *in rem* rescisoire. *Quod genus actionis*, dit Justinien, *quibusdam et aliis, simili æquitate motus, Prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet* (5).

Nous trouvons, en matière d'*in integrum restitutio*, deux prin-

(1) § 5 (1re phrase) *De action.*

(2) L. 1 § 1, D., *Ex quib. caus. maj.* Voy. aussi Paul, L. 35 pr. *in fine*, D., *De oblig. et act.* (44, 7).

(3) L. 7, C., *De temporibus in integr. restitut.* (2, 53).

(4) L. 66 § 1, D., *De eviction.* (21, 2).

(5) Inst., § 5 *in fine De action.*

cipes généraux qu'il convient avant tout de signaler. Le premier, c'est qu'aucune *in integrum restitutio* ne peut être accordée sans que le Préteur ait pris connaissance de l'affaire : *Omnes in integrum restitutiones*, dit Modestin, *causâ cognitâ a Prætore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit* (1). — Le deuxième principe général, c'est qu'il ne peut jamais être question d'*in integrum restitutio* que là où tout autre moyen fait défaut : *In causæ cognitione*, dit Ulpien, *etiam hoc versabitur nùm fortè alia actio possit competere citrà in integrum restitutionem. Nàm, si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium : utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est* (2). De même qu'on n'accordera pas l'*in integrum restitutio* dans le cas où un pupille a contracté sans l'autorisation de son tuteur et ne se trouve pas enrichi par suite du contrat, de même on ne l'accordera point au pupille qui a voulu, avec l'autorisation de son tuteur, mais sans un décret du magistrat, aliéner son immeuble rural : ce pupille est déjà *communi auxilio et mero jure munitus* (3).

Quels sont donc les principaux cas où sera donnée cette action rescisoire qui présuppose l'*in integrum restitutio ?*

Nous trouvons d'abord le cas d'une aliénation faite par un mineur de 25 ans, là où un décret du magistrat n'était pas nécessaire (4). *Interdùm*, dit Ulpien, *restitutio et in rem datur minori, id est adversùs rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum. Utputa rem a minore emisti, et alii vendidisti : potest desiderare interdùm adversùs possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re suâ careat ; et hoc vel cognitione prætoriâ vel rescissâ alienatione dato in rem judicio* (5). Le jurisconsulte indique très-bien qu'on peut pro-

(1) L. 3, D., *De in integr. restit.* (4, 1).

(2) L. 16 pr., D., *De minor.* (4, 4).

(3) Comp. Dioclétien et Maximien, L. 11, C., *De prædiis et al. reb. minor.* (5, 71).

(4) Voy. notre t. I, p. 403.

(5) L. 13 § 1, D., *De minor.* — Je traduis ainsi la suite de ce texte : « Pomponius écrit également, en son livre XXVIII, que, suivant Labéon, lorsqu'un « mineur de 25 ans a vendu et livré son fonds, et que l'acheteur l'a revendu, si « le sous-acheteur connaît ce qui s'est passé, le mineur doit être restitué contre

céder ici de deux manières : il peut y avoir *cognitio prætoria;* il est possible aussi que le Préteur, après avoir rescindé l'aliénation, donne un *judicium in rem.* Reprenons successivement ces deux formes :

1° Quand il y a *cognitio prætoria,* c'est que le Préteur connaît seul de l'affaire, que lui-même termine tout. Ainsi, par exemple, la question étant soulevée de savoir si la personne était encore mineure de 25 ans lors de l'aliénation, le Préteur lui-même statue sur ce point. Voici, à cet égard, une décision assez curieuse du jurisconsulte Scévola : *Intrà utile tempus restitutionis* (1), *apud Præsidem petierunt in integrum restitutionem minores, et de ætate suâ probaverunt; dictâ pro ætate sententiâ, adversarii, ut impedirent cognitionem Præsidis, ad Imperatorem appellârunt; Præses, in eventum appellationis, cætera cognitionis distulit. Quæsitum est, si finitâ appellationis apud Imperatorem cognitione, et injustâ appellatione pronunciatâ, egressi ætatem* (2) *deprehendantur, an cætera negotia implere possunt, cùm per eos non steterit quominùs res finem accipiat. Respondi, secundùm ea quæ proponuntur, perindè cognosci atque si nunc intrà ætatem essent* (3). — C'est ainsi que Julien, traitant de l'éviction et de l'action en garantie, parle d'un fonds *prætoriâ cognitione ablatus* (4).

2° Le Préteur peut donner l'action *in rem rescissâ alienatione.* Cela s'applique sans difficulté dans le cas où il y a quelque doute sur le point de savoir si le mineur était propriétaire. Le Préteur lui dit : « Revendiquez et tâchez de prouver que vous étiez propriétaire ; en ce qui concerne la *mancipatio* ou la tradition que vous avez faite, je la tiens pour non avenue, elle ne pourra pas être invoquée contre vous. » — Mais je crois qu'il faut aller plus

« lui ; si au contraire ce sous-acheteur a été de bonne foi, et si de plus le pre-
« mier acheteur est solvable, cette *restitutio* ne doit pas avoir lieu ; mais, si
« le premier acheteur n'est pas solvable, il vaut mieux venir au secours du
« mineur, même à l'encontre d'un tiers de bonne foi. »

(1) C'est-à-dire dans l'année utile à partir de 25 ans accomplis, *ex quo* XXVI *anni dies illuxerit.* Voy. Justinien, L. 7, C., *De tempor. in integr. restitut.* (2, 53).

(2) L'année utile se trouvait expirée.

(3) L. 39 pr., D., *De minor.*

(4) L. 39 pr., D., *De evict.* (21, 2).

loin : je crois qu'il faut admettre que le Préteur peut se borner à prononcer une *in integrum restitutio* conditionnelle. Il y aura *in integrum restitutio* si le juge devant lequel les parties sont renvoyées reconnaît l'existence de tel ou tel fait, que le Préteur ne veut pas vérifier lui-même, par exemple l'existence de la minorité, l'existence de la lésion, etc. Paul ne dit réellement rien de contraire à cette doctrine, lorsque, à propos de la partie de l'Edit où le Préteur promet d'accorder l'*in integrum restitutio* aux mineurs de 25 ans, il s'exprime ainsi: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione* (1). Le jurisconsulte veut exprimer par là le pouvoir discrétionnaire dont le magistrat est revêtu, et non la nécessité dans laquelle il serait d'examiner lui-même l'affaire dans tous ses détails pour la terminer par sa sentence.

A côté du cas où l'aliénation est rescindée comme ayant été faite par un mineur, on peut placer le cas où elle est rescindée comme ayant été faite sous l'empire de la crainte. *In rem actionem dandam existimamus,* dit Ulpien, *quia res in bonis est ejus qui vim passus est* (2). Il est probable que souvent le Préteur en cette matière accorde l'*in integrum restitutio* sous la condition qu'il sera reconnu par le juge que l'aliénation a réellement eu lieu sous l'empire de la crainte. Du reste, nous reviendrons sur ce cas d'*in integrum restitutio* quand nous parlerons de l'action *quod metûs causâ* (3). — Il est probable que celui qui aliène sa chose sous l'empire du dol peut également obtenir l'*in integrum restitutio*, l'action *in rem* rescisoire (4).

De l'action Paulienne.

Un débiteur aliène sa chose en fraude des droits de ses créanciers : les créanciers se faisant ensuite envoyer en possession de ses biens aux termes d'une sentence du magistrat, il leur est per-

(1) L. 24 § 5, D., *De minor.*
(2) L. 9 § 6, D., *Quod metûs causâ* (4, 2).
(3) Voy. Inst., §§ 25, 27 et 31 *De action.*
(4) *Sentences de Paul,* I, VII, § 2.

mis, l'aliénation étant rescindée, de revendiquer la chose, c'est-à-dire de prétendre qu'elle n'a pas été aliénée et qu'ainsi elle est restée dans les biens du débiteur (1).

L'aliénation qu'un débiteur fait en fraude des droits de ses créanciers est valable en droit civil; c'est seulement le Préteur qui la tient pour non avenue. Au contraire, l'affranchissement fait *in fraudem creditorum* n'a aucune espèce de valeur, même en droit civil : aux termes de la loi Ælia Sentia, *qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit* (2). Pour tous actes, autres que l'affranchissement, nous voyons, au Digeste, que les créanciers fraudés ont une action *in factum*, qui est même qualifiée par Paul d'action *in personam* (3). Enfin, d'après certains textes, les créanciers fraudés ont encore un interdit.

Quel est l'ordre probable des différentes mesures qui ont ainsi été prises en faveur des créanciers, pour empêcher qu'ils ne soient victimes des actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits? C'est un point difficile, sur lequel les interprètes sont loin d'être d'accord. Voici, à mes yeux, ce qu'il y a de plus probable :

1° Le Préteur a tout d'abord établi au profit des créanciers une action *in factum* et un interdit. Par l'action, les créanciers disent au tiers qui a bénéficié de l'acte frauduleux de leur débiteur : « Vous êtes obligé de remettre dans le patrimoine de notre débiteur le montant du bénéfice qui est résulté pour vous de son acte frauduleux. » Voici le texte même de l'Edit qui institue cette action : *Quæ fraudationis causâ gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei cui de eâ re actionem dare oportebit, intrà annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo...* (4). Par l'interdit, les créanciers obligent le tiers à qui des objets ont été livrés en fraude de leurs droits à faire restitution desdits objets. Voici les termes employés par le Préteur : *Quæ Lucius Titius, fraudandi causâ, sciente te, in bonis quibus de*

(1) Inst., § 6 *De action.*

(2) Inst., pr. *Qui quib. ex caus. manum. non poss.* (I, 6). Voy. notre t. I, p. 202 et suiv.

(3) Voy. le Titre du Digeste *Quæ in fraud. credit.* (42, 8). Voy. aussi L. 38 pr., D., *De usur.* (22, 1).

(4) L. 1 pr., D., *Quæ in fraud. credit.*

agitur, fecit : ea illis, si eo nomine quo de agitur actio ei ex Edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quàm annus est cùm de eâ re quâ de agitur experiundi potestas est, restituas... (1).

2° L'affranchissement fait *in fraudem creditorum* a été valable jusqu'au règne d'Auguste : ni l'action *in factum* ni l'interdit ne s'y appliquaient : le Préteur n'osait pas replonger en servitude un homme qui, aux yeux du droit civil, était devenu libre. La loi elle-même vint donner aux créanciers la protection que sous ce rapport le Préteur ne leur donnait pas : la loi Ælia Sentia tenant pour non avenu l'affranchissement même, il se trouve qu'on ne viole pas la règle *semel præstitam libertatem revocari non licet.*

3° L'action *in factum* personnelle ne constituait pas un remède suffisant pour les créanciers fraudés, lorsque le tiers qui avait profité de l'acte frauduleux était insolvable : avec cette action les créanciers ne pouvaient obtenir qu'un dividende. Le dernier progrès de la jurisprudence fut de donner aux créanciers victimes d'une aliénation frauduleuse l'action dont parlent les Institutes, une action rescisoire *in rem* : au moyen de cette action, les créanciers fraudés ne souffriront pas de l'insolvabilité du défendeur, puisque le bien sera réputé n'être jamais entré dans son patrimoine.

Une objection assez grave peut être faite contre la doctrine qui vient d'être exposée. Pour montrer que l'action *in factum* n'a été accordée par le Préteur que depuis la loi Ælia Sentia, on peut dire : « La preuve que le Préteur ne craint pas de révoquer un affranchissement valable en droit civil, c'est qu'il le fait très-bien quand il donne la *bonorum possessio contrà tabulas* là où le testament contenait des affranchissements. » A cela je réponds simplement qu'il est permis de croire que sous Auguste, lors de la promulgation de la loi Ælia Sentia, la *bonorum possessio contrà tabulas*, par laquelle le Préteur combattait le droit civil, n'était encore donnée que *sine re* (2).

(1) L. 10 pr., D., *Quæ in fraud. credit.* — Cet interdit, appelé *interdictum fraudatorium,* est mentionné par le jurisconsulte Valens, L. 67 §§ 1 et 2, D., *Ad Senatusc. Trebell.* (36, 1), et par Papinien, L. 96 pr. *De solut.* (46, 3).

(2) Comp., ci-dessus, p. 101 et suiv.



Etudions maintenant les différentes conditions qui sont requises pour que l'action Paulienne puisse être exercée utilement au nom des créanciers. Ces conditions sont les mêmes, soit qu'on traite de l'action *in factum*, soit qu'on traite de l'action *in rem* rescisoire. Aussi parlerons-nous toujours désormais de l'action Paulienne en général, de manière que nous n'aurons pas à y revenir en nous occupant des actions personnelles.

1° Il faut l'*eventus* et l'*animus* : il faut que l'acte du débiteur ait été réellement dommageable aux créanciers et que le débiteur ait eu conscience du dommage qu'il leur causait (1). D'où cette conséquence incontestable que l'action Paulienne n'appartient pas à ceux qui ne sont devenus créanciers que postérieurement à l'acte du débiteur, — à moins, bien entendu, qu'ils ne soient subrogés dans les droits de créanciers antérieurs (2).

2° Il faut que le dommage consiste en un appauvrissement, en une diminution du patrimoine du débiteur. *Pertinet Edictum*, dit Ulpien, *ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur* (3). C'est par application de la même idée que, d'après Venuleius, les fruits non encore pendants lors de l'aliénation frauduleuse et déjà perçus lors de la demande *non veniunt in restitutionem* (4) : ces fruits n'ont jamais compté dans le patrimoine du débiteur.

3° L'action Paulienne suppose que les créanciers se sont fait envoyer en possession et que la *venditio bonorum* a eu lieu (5). — Le principe est que l'action ne peut être exercée que pendant une année utile à partir de la vente : *hujus actionis*, dit Ulpien, *annum computamus utilem quo experiundi potestas fuit ex die factæ venditionis* (6). Ulpien lui-même apporte à ce principe un tempé-

(1) Inst., § 3 *Qui quib. ex caus. manum. non poss*. Comp. notre t. I, p. 208.

(2) Ulpien, L. 10 § 1, D., *Quæ in fraud. credit*. Comp. Julien et Paul, LL. 15 et 16 *eod. Tit.*

(3) L. 6 pr. *eod. Tit.* Le jurisconsulte développe le principe dans toute la suite du *fragment*.

(4) L. 25 § 4 *eod. Tit.*

(5) Voy. notamment Dioclétien et Maximien, L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.* (7, 75).

(6) L. 6 § 14, D., *Quæ in fraud. cred.*

rament : *Hæc actio post annum, de eo quod ad eum pervenit adversùs quem actio movetur, competit : iniquum enim Prætor putavit, in lucro morari eum qui lucrum sensit ex fraude: idcircò lucrum ei extorquendum putavit...* (1).

4° Il importe de distinguer si le tiers qui a traité avec le débiteur *fraudator* est son ayant-cause à titre onéreux ou son ayant-cause à titre gratuit : dans le premier cas, le tiers n'est tenu de l'action Paulienne qu'autant qu'il a été *conscius fraudis*, tandis que dans le deuxième cette condition n'est pas nécessaire. Venuleius fait l'application de ce principe au cas où un homme a constitué une dot pour sa fille *in fraudem creditorum*. Il est certain que les créanciers ne pourront poursuivre le mari qu'autant qu'il aura été *conscius fraudis soceri* : en recevant la dot, le mari ne reçoit pas une pure libéralité. Mais, pour agir contre la femme, devront-ils également prouver qu'elle a été *conscia fraudis ?* Certains jurisconsultes répondaient négativement; leur opinion ne me paraît pas fondée, et nous ne voyons pas qu'elle fût admise par Venuleius (2). — Pour intenter avec succès l'action Paulienne contre un donataire, les créanciers n'ont pas besoin de prouver qu'il a été *conscius fraudis*. Mais ce n'est pas à dire qu'il soit toujours indifférent de savoir si le donataire a été de bonne ou de mauvaise foi : comme le remarque Ulpien, *in hos qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenùs actio erit danda quatenùs locupletiores facti sunt, ultrà non* (3).

Nous voyons dans le texte de l'Edit et dans plusieurs *fragments* de jurisconsultes que l'action Paulienne peut être donnée contre le débiteur *fraudator* lui-même. *Hæc actio*, dit Venuleius, *etiam in ipsum fraudatorem datur. Licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam : quia nulla actio in eum ex antè gesto post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent. Si verè quædam disperdidisset, si nullâ restitutione recuperari possent, nihilominùs actio in eum dabitur, et Prætor non tantùm emolumentum actionis intueri videtur in eo qui exutus est*

(1) L. 10 § 24 *eod. Tit.*
(2) L. 25 § 1 *eod. Tit.*
(3) L. 6 § 11 *eod. Tit.*

bonis quàm pœnam (1). Il faut vraisemblablement supposer qu'après la *bonorum venditio* le débiteur, ayant acquis quelques biens, les a dissipés au lieu d'en faire profiter ses créanciers. L'action Paulienne peut alors être intentée contre lui : sans doute les créanciers n'en recueilleront aucun avantage, attendu qu'il est insolvable; mais du moins il sera puni, parce que, n'exécutant pas la condamnation, il pourra être contraint par corps.

Un paiement fait par le débiteur peut-il être considéré comme un acte fait *in fraudem creditorum* et donner lieu à l'action Paulienne? Il faut distinguer : si le paiement a été fait après que les créanciers avaient obtenu l'envoi en possession, les créanciers peuvent se plaindre; au contraire, s'il a été fait auparavant, le paiement est inattaquable. *Sciendum*, dit Ulpien, *Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit antequàm bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum : sibi enim vigilavit. Qui verò post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exæquandumque cæteris creditoribus : neque enim debuit præripere cæteris post bona possessa, cùm jàm par omnium creditorum conditio facta esset* (2).

Quant au paiement fait après l'envoi en possession, tout le monde admet qu'il est sujet à révocation ; mais, quant au paiement fait auparavant, plusieurs interprètes veulent sous-distinguer: suivant eux, ce paiement ne doit être maintenu qu'autant que le créancier ne l'a pas reçu *per gratificationem*, par suite d'une faveur que le débiteur a voulu lui faire. Le texte sur lequel on fonde cette sous-distinction y est véritablement tout à fait contraire. En effet, dans ce texte (3) le jurisconsulte Scévola examine successivement deux cas bien distincts:

1er *cas*. Un pupille devient héritier de son père et paie un des créanciers héréditaires; puis il invoque le bénéfice d'abstention : le paiement sera-t-il révoqué? Oui, si le créancier n'a touché que

(1) L. 25 § 7 *eod. Tit.*

(2) L. 6 § 7 *eod. Tit.* Voy. aussi, du même Ulpien, la L. 10 § 16 *eod. Tit.* Comp., ci-dessus, p. 135.

(3) L. 24 *eod. Tit.*



per gratificationem tutorum, parce que les tuteurs ont voulu le favoriser; non, si de la part de ce créancier il y a eu tout simplement une vigilance que n'ont pas montrée les autres.

2° *cas*. Les biens de mon débiteur vont être vendus; je touche ce qu'il me doit : suis-je soumis à l'action Paulienne? Pour ce deuxième cas (à partir des mots *Quid ergò...*), le jurisconsulte écarte toute distinction, et répond, en termes absolus: *Vigilavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est: ideò non revocatur id quod percepi* (1).

J'ai toujours supposé que le paiement se rapporte à une dette échue. Si le débiteur paie un de ses créanciers avant l'échéance, le bénéfice de l'*interusurium* pourra être réclamé par l'action Paulienne. *Si cùm in diem mihi deberetur, fraudator præsens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in repræsentatione, in factum actioni locum fore : nàm Prætor fraudem intelligit etiam in tempore fieri* (2).

Lors même qu'il s'agirait d'une dette échue, si le débiteur, au lieu de payer, consent un gage ou une hypothèque au créancier, l'action Paulienne pourra être exercée, en supposant, bien entendu, que les conditions requises en général pour cette action se trouvent réunies (3). Ce cas est traité autrement que le cas de paiement, parce qu'il y a ici un nouveau *negotium* conclu entre le débiteur et un de ses créanciers.

De l'action Servienne et de l'action quasi-Servienne ou hypothécaire.

« L'action Servienne, dit Justinien, et l'action quasi-Servienne qu'on appelle aussi *hypothécaire*, prennent leur origine dans la juridiction du Préteur. Une personne intente l'action Servienne relativement aux meubles d'un fermier qui lui sont affectés à titre de gage pour les fermages du fonds; par l'action quasi-Servienne, des créanciers poursuivent leurs droits de gage ou d'hypothèque » (4).

(1) Comp. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. III, § 697, p. 617 et suiv.
(2) Ulpien, L. 10 § 12, D., *Quæ in fraud. credit.*
(3) L. 10 § 13 *eod. Tit.* — *Hoc est sæpissimè constitutum*, dit Ulpien.
(4) Inst., § 7 (au commencement) *De action.*



J'ai déjà eu l'occasion de tracer l'historique du droit de gage et d'hypothèque, de montrer que les Romains ont successivement connu l'aliénation avec fiducie, le *pignus* proprement dit et le pacte d'hypothèque (1). Il est à remarquer que Cicéron parle de l'hypothèque : *Philotes Alabandensis* ὑπoθήκας *Cluvio dedit ; hæ commissæ sunt ; velim cures ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat* (2). Nous sommes en Asie-Mineure ; et, sans doute, au temps de Cicéron, l'hypothèque n'était pas encore employée à Rome.

« En ce qui concerne l'action hypothécaire, dit Justinien, il n'y a aucune différence entre le gage et l'hypothèque : lorsqu'il est convenu entre un créancier et son débiteur qu'une certaine chose répondra du paiement, les deux dénominations peuvent être appliquées. Mais le gage et l'hypothèque se distinguent sous d'autres rapports : le mot *gage* s'applique proprement à la chose qui est livrée au créancier, surtout quand c'est un meuble ; au contraire, le mot *hypothèque* est proprement employé pour la chose affectée sans tradition et par simple pacte » (3).

A côté de la différence signalée par Justinien entre le gage et l'hypothèque, on peut en signaler plusieurs autres ; mais, à vrai dire, elles se rattachent toutes à cette différence fondamentale. En voici trois :

1° Le créancier qui a reçu une chose en gage, s'il vient à perdre la possession, peut immédiatement intenter l'action quasi-Servienne ou hypothécaire contre le détenteur actuel, quand bien même sa créance ne serait point encore exigible : *Quæsitum est*, dit Ulpien, *si nondùm dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest meâ* (4). Au contraire, le créancier simplement hypothécaire, n'ayant pas droit à la possession tant que l'exigibilité n'est pas arrivée, ne peut point actionner le détenteur de la chose : *Si paciscatur creditor*, dit Marcien, *ne intrà annum pecu-*

(1) Voy. notre t. I, p. 592 et suiv.

(2) *Epist. ad familiares*, XIII, 56.

(3) Inst., § 7 *in fine De action.* Comp. Marcien, L. 5 § 1, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).

(4) L. 14 pr., D., *De pignor. et hyp.*

niam petat, intelligitur de hypothecâ quoque idem pactus esse (1).

2° La même chose ne peut pas être engagée à plusieurs créanciers, de manière à garantir à la fois plusieurs dettes. Elle peut, au contraire, être hypothéquée à plusieurs. Elle peut aussi être engagée à un créancier, et de plus être hypothéquée à un ou à plusieurs autres. Toutes les fois qu'une chose est ainsi affectée à plusieurs, le principe est que la préférence se règle entre les différents créanciers par la date de la convention : *In pignore placet,* dit Marcien, *si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem* (2).

3° Le gage supposant la remise de la possession, il est clair qu'on ne peut engager qu'une chose actuellement existante. Au contraire un débiteur peut hypothéquer en masse tous ses biens présents et tous ses biens à venir.

— Le gage et l'hypothèque ont un caractère commun, ce qu'on appelle l'indivisibilité. Ce caractère d'indivisibilité se présente à deux points de vue. D'abord, si la chose affectée au paiement de ma créance est morcelée, démembrée entre plusieurs propriétaires, chaque parcelle répond toujours de la totalité : si par exemple le fonds est divisé en quatre parts égales, une part ne répond pas seulement d'un quart de l'obligation, elle est tenue pour la totalité. En d'autres termes, on ne peut posséder une portion quelconque de la chose hypothéquée sans être tenu pour le tout de la dette hypothécaire. — En second lieu, tant que la dette hypothécaire n'est pas intégralement payée, la chose hypothéquée est tenue tout entière : la moitié de la dette ayant été payée, ce n'est point la moitié de la chose qui reste affectée, c'est la chose en son entier. Pomponius fait très-bien application de ce principe au cas où le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers : *Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodùm si ipse debitor portionem solvisset* (3). Dans le cas inverse, si c'est le créancier qui est

(1) L. 5 § 1, D., *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.* (20, 6). Voy. le même Marcien, L. 13 § 5, D., *De pignor. et hyp.* — Je crois que Pothier commet ici une erreur : au lieu de distinguer s'il s'agit d'un gage ou d'une hypothèque, il distingue si la dette est à terme ou sous condition (*Pand. Justin.*, Tit. *De pign. et hyp.*, n° XXXII).

(2) L. 12 § 10 *in fine*, D., *Qui potiores* (20, 4).

(3) L. 8 § 2, D., *De pignerat. act.* (13, 7).

mort laissant plusieurs héritiers, ne faut-il pas dire également que la chose est affectée tout entière à chacun des héritiers? Les empereurs Valérien et Gallien le disent aussi formellement que possible : *Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis heredibus relictis, actionem quidem personalem inter eos ex lege* XII *Tabularum dividi, pignus verò in solidum unicuique teneri* (1). Mais le jurisconsulte Ulpien ne reconnaît pas à chaque héritier du créancier un droit aussi absolu : *Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæteri heredes creditoris injuriâ adfici ; sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo quod coheredi eorum solvit. Quæ sententia non est sine ratione* (2). L'héritier Primus ayant été désintéressé, l'héritier Secundus, pour pouvoir vendre le fonds hypothéqué, doit commencer par rembourser au débiteur ce que celui-ci a payé à Primus. Je ne m'explique cette décision qu'en supposant qu'elle se réfère à l'ancien système de l'aliénation avec fiducie : l'héritier Secundus n'est propriétaire que de la moitié du fonds, et alors on vient à son secours en lui disant : « Il vous est permis de vendre le fonds tout entier, à charge de rembourser d'abord au débiteur ce qu'il a payé à votre cohéritier. »

On dit souvent que le principe de l'indivisibilité souffre exception en tant qu'il s'agit de l'hypothèque du légataire ; j'ai déjà essayé de démontrer qu'il n'en est rien (3). Si le testateur laisse deux héritiers, il y a dès le principe deux obligations distinctes au profit du légataire, et ce qui est affecté hypothécairement au paiement de l'une n'est point affecté de même au paiement de l'autre : le principe de l'indivisibilité ne peut pas faire que l'un des héritiers soit tenu de payer plus que sa dette, puisqu'il détient seulement ce qui s'y trouve affecté. Mais, dès qu'il y aura eu partage, l'héritier Primus, ayant dans son lot et des valeurs affectées à sa propre dette et des valeurs affectées à celle de Secundus, pourra maintenant être poursuivi hypothécairement pour la totalité du legs. Il faut évidemment admettre que, dans la pensée de Justinien (4),

(1) L. 1, C., *Si unus ex plur. hered.* (8, 32).
(2) L. 11 § 4, D., *De pignerat. act.*
(3) Voy. t. I, p. 730 et 731.
(4) L. 1, C., *Communia de leg.* (6, 43).

le légataire n'attend pas, pour demander le paiement de son legs, que les héritiers aient partagé entre eux la succession.

L'action prétorienne donnée au créancier pour faire reconnaître son droit de gage ou d'hypothèque est appelée indifféremment *quasi Serviana*, *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem*. On peut conjecturer, d'après différents textes (1), que la formule de cette action devait être à peu près ainsi conçue : *Si paret eam rem quâ de agitur, ab eo cujus in bonis tùm fuit Aulo Agerio pignoris nomine obligatam esse pro pecuniâ quam ille Aulo Agerio ex mutuo dare oporteret, eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quominùs solvatur, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit tanti Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve*. Il faut reconnaître, du reste, que cette formule ne convient guère au cas d'une hypothèque tacite; quelque modification était sans doute apportée à la rédaction dans ce cas particulier.

L'action hypothécaire, en elle-même, n'est point fictice. Seulement, il est possible que le juge ait à supposer chez celui qui a consenti l'hypothèque une qualité de propriétaire qu'il n'avait réellement pas.

Par l'action hypothécaire, le créancier triomphe contre tout possesseur, sauf certaines exceptions qui peuvent lui être opposées :

1° Si le défendeur se trouve avoir une hypothèque préférable à celle du demandeur, l'action pourra être paralysée au moyen de l'exception *si non Numerio Negidio antè pignoris hypothecæve nomine sit res obligata* (2).

2° Le tiers-détenteur, soumis à l'action hypothécaire, peut offrir au créancier de le désintéresser moyennant la cession de ses actions :

(1) Voy. notamment Marcien, L. 13 § 4, et L. 16 § 3; Gaius, L. 15 § 1, D., *De pignor. et hyp.*; L. 13 § 1, D., *Ad Senatusc. Vellei*. (16, 1). Voy. aussi Dioclétien et Maximien, L. 6, C., *Si aliena res pignori* (8, 16).

(2) Marcien, L. 12 pr., D., *Qui potiores*.

si le créancier se refuse à faire cette cession, il pourra être repoussé par l'exception de dol (1).

3° Une maison hypothéquée ayant péri par incendie, Titius achète le terrain et y bâtit une nouvelle maison : pourvu que Titius ait été de bonne foi, il n'est tenu de restituer au créancier que si celui-ci lui rembourse la plus-value (2).

4° Un débiteur a consenti à son créancier, pour sûreté d'une seule obligation, une hypothèque spéciale sur un certain bien et de plus une hypothèque générale : si le bien hypothéqué spécialement est reconnu suffire au paiement, le créancier peut être contraint d'exercer d'abord l'hypothèque spéciale (3). C'est ce que les interprètes ont appelé le *beneficium excussionis reale*, pour le distinguer d'un autre bénéfice de discussion dont il nous reste à parler.

5° Le tiers-détenteur poursuivi par l'action hypothécaire peut exiger que le créancier s'attaque d'abord au débiteur (4). C'est le *beneficium excussionis personale*.

Voici les principaux cas dans lesquels il existe au profit du créancier une hypothèque tacite :

1° Le bailleur d'un bien rural a de plein droit hypothèque sur les récoltes, et le bailleur d'une maison ou d'un appartement a de plein droit hypothèque sur les meubles apportés par le locataire (*inquilinus*). *In prædiis rusticis*, dit Pomponius, *fructus qui ibi nascuntur, tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit* (5). *Eo jure utimur*, dit de son côté Neratius, *ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur quasi id tacitè convenerit; in rusticis prædiis contrà observatur* (6). Le bailleur d'un bien rural ayant hypothèque tacite

(1) Scévola, L. 19 *eod. Tit.* Voy. aussi Paul, L. 12 § 1, D., *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

(2) Paul, L. 29 § 2, D., *De pignor. et hyp.* Comp. Africain, L. 44 § 1, D., *De damno inf.* (39, 2).

(3) Sévère et Antonin, L. 2, C., *De pignor. et hyp.* (8, 14).

(4) Justinien, Novelle IV, chap. 2.

(5) L. 7 pr., D., *In quib. caus. pign. vel hyp. tacitè contr.* (20, 2).

(6) L. 4 pr., *eod. Tit.*

sur les récoltes, il n'avait pas paru nécessaire de lui affecter encore de plein droit les meubles et ustensiles apportés par le fermier.

2° Le fisc a une hypothèque tacite sur les biens de ses administrateurs et sur les biens des contribuables (1).

3° Nous savons que, dans le droit de Justinien, le légataire a une hypothèque tacite sur les biens de la succession.

4° Du temps des jurisconsultes, l'action *tutelæ directa* était privilégiée *inter personales actiones*. A partir de Constantin, les biens du tuteur et ceux du curateur sont grevés d'une hypothèque tacite au profit du pupille et du pubère mineur de 25 ans (2).

5° Du temps des jurisconsultes, la femme, pour le recouvrement de sa dot, avait un *privilegium inter personales actiones:* comme le pupille, elle passait avant les créanciers simplement chirographaires. Dans le droit de Justinien, elle a une hypothèque tacite sur les biens du mari. Nous nous en occuperons un peu plus loin (3).

De l'action hypothécaire on peut rapprocher deux autres actions *in rem* prétoriennes, savoir : celle qui est donnée au possesseur de l'*ager vectigalis* (4), et celle qui est donnée au superficiaire (5).

Des actions personnelles.

Parmi les actions *in personam*, comme parmi les actions *in rem*, les unes sont civiles et les autres sont prétoriennes. Du reste, les rédacteurs des Institutes n'ont pas jugé nécessaire de parler ici des actions *in personam* civiles : ils les avaient suffisamment fait connaître en traitant des obligations. C'est ainsi qu'à propos de la

(1) Hermogénien, L. 46 § 3, D., *De jure fisci* (49, 14); Antonin Caracalla, L. 1, C., *In quib. caus. pign. vel hyp. tacitè contr.* (8, 15).

(2) L. 20, C., *De administr. tut. vel curat.* (5, 37).

(3) En expliquant le § 29, Inst., *De action.*

(4) L. 1 § 1, D., *Si ager vectigalis* (6, 3).

(5) L. 1 §§ 1 et 3, D., *De superficiebus* (43, 18); LL. 73 § 1, 74 et 75, D., *De rei vindic.* (6, 1).

stipulation, du *mutuum* et de la *solutio indebiti* il a été question de la *condictio ;* c'est ainsi qu'à propos de la vente nous avons dû parler de l'action *empti* et de l'action *venditi*. Du reste, nous aurons encore à nous occuper des actions *in personam* civiles, à propos d'une autre division des actions, division en actions de droit strict et actions de bonne foi (1).

Bornons-nous donc pour le moment à l'étude des actions *in personam* prétoriennes. Le texte des Institutes en mentionne trois, savoir : l'action *de pecuniâ constitutâ,* l'action *de peculio* et l'action *de jurejurando* (*ex quâ quæritur an actor juraverit*). Le texte ajoute, il est vrai, que le Préteur en a établi beaucoup d'autres : *Prætor proposuit alias complures* (2). Parmi ces autres actions, il y en a qui nous sont déjà connues, comme par exemple l'action *vi bonorum raptorum*, et les actions qui naissent *quasi ex maleficio ;* il y en a d'autres que nous trouverons plus loin, comme par exemple les trois actions pénales mentionnées dans le § 12 de notre Titre *De actionibus*.

Nous allons traiter successivement de l'action *de pecuniâ constitutâ* et de l'action *de jurejurando*. Quant à l'action *de peculio* (§ 10 *De action.*), elle appartient à une classe d'actions qui fait l'objet d'un Titre particulier (3).

De l'action de pecuniâ constitutâ.

Les *argentarii* étaient souvent employés pour faire les paiements, surtout les paiements en argent. Le créancier trouvait dans leur entremise une garantie que les écus à lui comptés étaient de bon aloi et que la propriété lui en était parfaitement transférée. Dans le Digeste de Justinien il est plusieurs fois question de ces *argentarii*. Ainsi nous voyons que le particulier qui a un compte chez un *argentarius* peut toujours lui demander l'état de son compte. L'Edit du Préteur contenait, à ce sujet, la disposition suivante :

(1) Sur les §§ 28 et suiv. de notre Titre *De action.*

(2) § 8 *De action.*

(3) Titre *Quod cum eo qui in alienâ potest. est negotium gestum esse dicetur* (IV, 7).

Argentariæ mensæ exercitores rationem quæ ad se pertinet edant, adjecto die et Consule. Ce que le jurisconsulte Ulpien commente en ces termes : *Hujus Edicti ratio æquissima est : nàm, cùm singulorum rationes argentarii conficiont, æquum fuit id quod meî causâ confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi* (1).

Par cela seul qu'un *argentarius* déclare à une personne que tel jour il effectuera un paiement à son profit, qu'il lui comptera une certaine somme, l'*argentarius* est civilement obligé, la personne à laquelle il a fait la déclaration dont il s'agit a contre lui une action dite *receptitia*. A l'imitation de cette action *receptitia*, le Préteur avait établi l'action *de pecuniâ constitutâ*. Voici en quoi elles différaient l'une de l'autre :

1° L'action *receptitia*, comme les actions civiles en général, était perpétuelle (2). Quant à l'action *de pecuniâ constitutâ*, Justinien dit : *Non in omnibus casibus longæva erat constituta, sed in speciebus certis annali spatio concludebatur* (3). Du reste, nous ne connaissons pas ces *species certæ* où l'action était annale.

2° L'action *receptitia* pouvait avoir pour objet toute espèce de choses. L'action *de pecuniâ constitutâ* ne s'appliquait qu'aux choses fongibles : *in his tantummodò casibus a veteribus conclusa est ut exigeret res quæ pondere, numero, mensurâ consistunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem* (4).

3° L'action *receptitia* ne suppose rien autre chose que la déclaration de l'*argentarius* qui prend jour pour la remise d'une certaine valeur. L'action *de pecuniâ constitutâ* suppose essentiellement qu'avant le pacte d'où elle dérive il existait déjà une obligation. Nous reviendrons dans un instant sur ce caractère.

4° L'action *receptitia* ne peut jamais prendre naissance que contre un *argentarius*. L'action *de pecuniâ constitutâ* peut exister contre toute personne : *de constitutâ pecuniâ cum omnibus agitur quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nullâ scilicet*

(1) L. 4 pr. et § 1, D., *De edendo* (2, 13).
(2) Voy., sur le principe, Gaius, IV, § 110; Inst., pr. *De perp. et tempor. act.* (IV, 12).
(3) L. 2 pr., C., *De const. pec.* (4, 18).
(4) Même L. 2 pr., C., *De const. pec.*

stipulatione interpositâ : nàm alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur (1).

Justinien a fondu ensemble, sous le nom d'action *de pecuniâ constitutâ*, les deux actions qui existaient anciennement l'une à côté de l'autre : *Ex nostrâ Constitutione*, dit-il, *cùm, et si quid plenius habebat receptitia, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum suâ auctoritate a nostris legibus recedere* (2). Du reste, il a emprunté à l'ancienne action *de pecuniâ constitutâ* deux caractères seulement, savoir : la nécessité d'une obligation antérieure, et la possibilité d'agir contre toute personne. Mais la nouvelle action *de pecuniâ constitutâ* ressemble à l'action *receptitia*, en ce qu'elle est perpétuelle (ce qui veut dire qu'elle dure trente ans) et en ce qu'elle peut s'appliquer à toute espèce de choses.

Le pacte de constitut peut être comparé, et les jurisconsultes romains l'ont effectivement comparé quelquefois, au paiement. Voyons d'abord les ressemblances que présentent les deux opérations ;

1° De même qu'il n'y a point de paiement valable là où il n'existe réellement pas une obligation, de même le pacte de constitut suppose essentiellement une obligation à laquelle il accède. S'il existe en droit civil une obligation, mais que le Préteur la paralyse au moyen d'une exception, le pacte de constitut pourra-t-il valoir ? Il paraît que la question avait d'abord fait difficulté : *Si quis constituerit*, dit Ulpien, *quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur quæritur. Et est verum, ut Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita juribus non est pecunia quæ constituta est* (3). — Que décider s'il s'agit d'une obligation à terme ou conditionnelle ? Justinien dit qu'on avait douté de la validité du pacte de constitut (4). Si l'obligation est simplement à terme, il faut admettre que le pacte est valable.

(1) Inst., § 9 *De action.*
(2) Inst., § 8 (2e alinéa) *De action.* La Constitution mentionnée dans ce texte est la L. 2, C., *De const. pec.*
(3) L. 3 § 1, D., *De pec. const.* (13, 5).
(4) L. 2 pr., C., *De const. pec.*

Si is qui jure civili et prætorio debebat, dit Ulpien, *in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait teneri; quam sententiam et Pedius probat. Et adjicit Labeo, vel propter has potissimùm pecunias quæ nondùm peti possunt, constituta inducta. Quam sententiam non invitus probarem : habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eâdem die soluturum, teneatur*. Et Paul ajoute : *Sed, et si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur* (1). Dans le cas où l'obligation n'existe que sous condition, pour savoir s'il y a ou non un pacte de constitut valable, on attend l'événement : *Id quod sub conditione debetur*, dit Paul, *sive purè, sive certo die constituatur, eâdem conditione suspenditur : ut existente conditione teneatur, deficiente utraque actio depereat* (2).

2° De même que, si le créancier y consent, le paiement peut se faire avec une chose autre que la chose due, de même le pacte de constitut n'a pas nécessairement le même objet que l'obligation primitive. Ulpien, sur ce point, s'exprime ainsi : *An potest aliud constitui quàm quod debetur, quæsitum est. Sed, cùm jàm placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui : denique si quis, centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum* (3).

3° Comme le paiement en général peut être fait non-seulement par le débiteur lui-même, mais également par un tiers, de même un tiers aussi bien que le débiteur s'oblige valablement par le pacte de constitut. Cela est indiqué, aux Institutes : *de constitutâ pecuniâ cum omnibus agitur quicumque per se vel pro alio soluturos se constituerint* (4).

4° Le paiement est valablement fait au créancier ou à son mandataire ayant pouvoir d'agir. Le pacte de constitut peut également être fait avec le créancier ou avec son mandataire ayant pouvoir d'agir. Mais il ne pourrait pas être fait avec un simple *adjectus solutionis gratiâ*. Ulpien le décide ainsi, après Julien : *Si mihi aut Titio stipuler, Titio constitui suo nomine non posse Julianus ait :*

(1) L. 3 § 2 et L. 4, D., *De pec. const.*
(2) L. 19 pr., *eod. Tit.*
(3) L. 1 § 5 *eod. Tit.*
(4) § 9, déjà cité. Voy. aussi Ulpien, L. 27, D., *De pec. const.*

quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit (1). L'*adjectus* n'a pouvoir absolument que pour toucher ce qui est dû.

5° Quand il existe *duo rei stipulandi*, le paiement fait à l'un éteint le droit de l'autre; de même, si le débiteur fait le pacte de constitut avec l'un des créanciers, l'autre n'a plus de droit. En conséquence, comme le dit Paul, le débiteur reste obligé (sauf à lui à intenter la *condictio indebiti*) si *ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri posteà solutum est: quia loco ejus cui jàm solutum est, haberi debet is cui constituitur* (2). — Nous avons une décision analogue, pour le cas où deux choses sont dues sous l'alternative : le débiteur qui fait le pacte de constitut relativement à l'une cesse de devoir l'autre. C'est ce que dit Papinien : *Illud aut illud debuit, et constituit alterum : an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quæsitum est. Dixi non esse audiendum, si velit hodiè fidem constitutæ rei frangere* (3).

— Après avoir vu les ressemblances, voyons maintenant les différences entre le paiement et le pacte de constitut :

1° On ne comprend pas que la modalité appelée *terme* puisse affecter un paiement. Au contraire le pacte de constitut comporte essentiellement un terme : *Si sine die constituas*, dit Paul, *potest quidem dici te non teneri, licet verba Edicti latè pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas; sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur* (4). Ainsi, quand les parties qui font le pacte de constitut n'y ont pas expressément inséré un terme, un terme de dix jours s'y trouve tacitement inséré.

2° Payer la dette d'autrui, ce n'est pas, à proprement parler, *intercedere :* un pareil paiement fait par une femme ne donne pas lieu à l'application du Sénatusconsulte Velléien. Au contraire celui qui fait le pacte de constitut à propos de la dette d'autrui est considéré comme accédant en qualité d'*intercessor*, et, du reste, n'éteint pas la dette : *Ubi quis pro alio constituit se soluturum*, dit

(1) L. 7 § 1, D., *De pec. const.*
(2) L. 10 *eod. Tit.*
(3) L. 25 pr. *eod. Tit.*
(4) L. 21 § 1 *eod. Tit.*

Gaius, *adhùc is pro quo constituit, obligatus manet* (1). — Plusieurs peuvent s'obliger ainsi par constitut, de manière à être tenus *in solidum* comme des fidéjusseurs : *Si duo, quasi duo rei, constituerimus, vel cum altero agi poterit in solidum* (2). Et celui qui serait poursuivi *in solidum* aurait, toujours à l'exemple d'un fidéjusseur, le bénéfice de division (3). Il y a seulement une différence importante avec le fidéjusseur : il paraît que, déjà dans l'ancien droit, le créancier en poursuivant le tiers qui a fait le pacte de constitut ne consomme pas son droit d'agir : il peut encore poursuivre soit le débiteur primitif, soit un autre tiers également tenu par l'effet du constitut. Telle est bien certainement la doctrine d'Ulpien : *Vetus fuit dubitatio*, dit-il, *an qui hâc actione egit, sortis obligationem consumat. Et tutius est dicere, solutione potiùs ex hâc actione factâ liberationem contingere, non litis contestatione : quoniam solutio ad utramque obligationem proficit* (4). Sous ce rapport, celui qui fait le pacte de constitut pour la dette d'autrui est donc traité comme le *mandator pecuniæ credendæ* plutôt que comme le fidéjusseur.

En somme, ce pacte de constitut, de quelle utilité est-il pour le créancier ?

L'utilité est évidente quand c'est un tiers qui s'oblige ainsi : le droit du créancier se trouve garanti, se trouve cautionné, par l'intervention du tiers. Le créancier a désormais deux débiteurs, qu'il peut même poursuivre successivement.

Lors même que le débiteur *pro se soluturum se constituit*, cela peut encore présenter de l'utilité. Ainsi d'abord, si l'obligation primitive était purement naturelle, le créancier qui n'avait aucune action pourra désormais poursuivre et faire condamner le débiteur. Comme le remarquent nos anciens auteurs, deux pactes peuvent par leur réunion faire naître une action, lorsque chacun pris isolément ne pouvait conférer aucun droit de poursuite. Il est convenu entre vous et moi que je vous donnerai telle somme : je

(1) L. 28 *eod. Tit.*
(2) Ulpien, L. 16 pr. *eod. Tit.*
(3) Justinien, L. 3, C., *De const. pec.*
(4) L. 18 § 3, D., *De pec. const.*

ne suis obligé que naturellement (1) : si maintenant je vous déclare que tel jour je vous paierai ladite somme, me voilà tenu envers vous de l'action *de pecuniâ constitutâ*. — L'obligation primitive est sanctionnée par une *actio temporalis*, et celle-ci est près de s'éteindre : si le débiteur fait le pacte de constitut, l'effet de ce pacte subsistera au profit du créancier *etiam postquàm dies temporalis actionis exierit* (2). — Le pacte de constitut est un moyen commode de changer soit l'échéance, soit le lieu du paiement, soit l'objet de la dette. — Enfin, dans l'ancien droit, celui qui demande une somme par l'action *de pecuniâ constitutâ* a la chance d'obtenir, outre cette somme, la moitié en sus : *Ex quibusdam causis*, dit Gaius, *sponsionem facere permittitur, velut de pecuniâ certâ creditâ et pecuniâ constitutâ ; sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ verò pecuniæ partis dimidiæ* (3).

De l'action de jurejurando.

Lorsqu'une personne, sur l'invitation de son adversaire, a juré que la somme qu'elle réclame lui est due, si cette somme ne lui est pas payée, le Préteur avec juste raison lui donne une action telle que la question à examiner n'est pas de savoir si la somme est due, mais si le serment a été prêté (4). Voilà tout ce que nous trouvons aux Institutes, sur l'action *de jurejurando*.

Remarquons, avant tout, qu'on suppose un serment prêté sur l'invitation de l'adversaire, *postulante adversario*. En effet, le serment qu'une personne fait spontanément n'a aucune valeur juridique. Le Préteur, dans son Édit, suppose une personne qui a juré *conditione delatâ*. Et là-dessus Ulpien fait l'observation suivante : *Nec frustrà adjicitur* CONDITIONE DELATA ; *nàm, si reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tuebitur : sibi enim juravit. Alioquin, facillimus quisque ad jusju-*

(1) Voy., ci dessus, p. 455 et suiv.

(2) Ulpien, L. 18 § 1, D., *De pec. const.* M. de Savigny restreint l'application de ce texte au cas où il s'agit d'un *sponsor* ou *fidepromissor*, *qui biennio liberatur* ; le texte a évidemment une portée plus large.

(3) Comment. IV, § 171 (2e alinéa).

(4) Inst., § 11 *De action.*

randum decurrens, nemini sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit (1).

Il y a certainement plusieurs espèces de serment. La rubrique du Titre du Digeste (liv. 12, titre 2) est ainsi conçue : *De jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali*. Pas de difficulté sur le *jusjurandum judiciale :* c'est le serment déféré par le juge (2). Mais qu'est-ce précisément que le *jusjurandum voluntarium?* qu'est-ce que le *jusjurandum necessarium?* Là-dessus les interprètes ne sont pas d'accord. Suivant Voët, le serment est dit *voluntarium* quand une partie le défère à l'autre extrajudiciairement, il est dit *necessarium* quand il est déféré en justice : dans le premier cas, la partie à qui le serment est déféré peut ne pas le prêter sans que sa cause soit pour cela compromise, tandis que dans le deuxième la partie à qui le serment est déféré se trouve dans la nécessité de le prêter (ou de le référer) pour ne pas perdre son procès. Au contraire, suivant Cujas, le serment est dit *voluntarium* quand il est déféré même en justice, la partie alors étant libre de le prêter ou de le référer, et il est dit *necessarium* quand il est référé, la partie alors ne pouvant que le prêter pour ne pas perdre son procès. Je considère l'interprétation de Voët comme plus plausible. Quoi qu'il en soit, c'est du *jusjurandum voluntarium* entendu comme l'entend Voët, du serment déféré extrajudiciairement, que nous avons à parler ici.

Le serment déféré extrajudiciairement ne peut pas être référé. Primus défère le serment à Secundus : si Secundus le réfère à Primus, et que Primus refuse de le prêter, en droit il n'en résulte aucune conséquence fâcheuse pour Primus. C'est là ce que veut dire le jurisconsulte Paul, lorsqu'il dit : *Jusjurandum quod ex conventione extrà judicium defertur, referri non potest* (3).

Supposons que je me présente à Titius comme étant son créancier d'une somme de. . ; Titius me dit : « Jurez qu'effectivement je vous dois cette somme, et je vous la paierai » ; je prête le ser-

(1) L. 3 pr., D., *De jurejur*. (12, 2).

(2) Dans le Titre suivant (*De in litem jurando*), on traite du serment que le juge défère quelquefois au demandeur sur le chiffre de la condamnation à prononcer. C'est une espèce de *jusjurandum judiciale*.

(3) L. 17 pr., D., *De jurejur*.

ment qui m'est ainsi déféré. Voilà le cas qui est prévu aux Institutes. Si Titius ne me compte pas la somme, je le poursuivrai ; et, pour triompher contre lui, je n'aurai pas besoin de prouver qu'il est réellement mon débiteur, il me suffira de prouver qu'il m'a déféré le serment et que je l'ai prêté. En un mot, l'action que j'intente, comme le disent les empereurs Dioclétien et Maximien (1), est une action *in factum*.

Le serment, qui peut être déféré sur une question d'obligation, peut également être déféré sur une question de propriété. Ainsi, Titius possédant le fonds Cornélien, je me présente à lui comme en étant le propriétaire ; Titius me dit : « Jurez que le fonds vous appartient, et je vous le restituerai. » Je prête le serment : si alors Titius refuse de me restituer le fonds, j'aurai contre lui l'action *de jurejurando*. Comme le dit Ulpien, *si petitor juravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversùs eum qui jusjurandum detulit eosque qui in ejus locum successerunt*... (2). — On peut encore supposer que le serment a été déféré au possesseur, et que le possesseur a juré *rem suam esse :* la possession sortant de ses mains pour passer précisément dans les mains de celui qui a déféré le serment, l'action *de jurejurando* pourra être intentée contre celui-ci (3).

Le serment, qui peut produire une action, peut également produire une exception (4). J'amène Titius devant le magistrat pour me faire délivrer la formule d'une action soit *in rem*, soit *in personam*. Titius dit : « Mon adversaire m'a déféré le serment sur le point de savoir si sa prétention est fondée ; j'ai juré qu'elle ne l'est pas. » Que va faire le magistrat ? *Postquàm juratum est*, dit Ulpien, *denegatur actio ; aut, si controversia erit, id est si ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est* (5). Ainsi, tantôt le magis-

(1) L. 8, C., *De reb. cred.* (4, 1).

(2) L. 9 § 7, D., *De jurejur.*

(3) Ulpien, L. 11 § 1 *eod. Tit.*

(4) Inst., § 4 *De except.* (IV, 13).— En parlant de l'action, les rédacteurs des Institutes ont supposé uniquement une question d'obligation; au contraire, en parlant de l'exception, ils supposent successivement une question d'obligation et une question de propriété.

(5) L. 9 pr., D., *De jurejur.*

trat refuse l'action au demandeur; tantôt il la lui donne, mais en insérant dans la formule une exception. Il y a là un principe général, dont nous trouverons encore d'autres applications.

Sur la question de propriété, il importe grandement de voir en quels termes le serment a été déféré et prêté; tel serment peut fournir soit une exception, soit même une action; tel autre ne peut jamais fournir qu'une exception. Écoutons Ulpien : *Si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversùs eum qui detulit jusjurandum, si petat, exceptione jurisjurandi utetur. Si verò amiserit possessionem, actionem non habebit, ne quidem si is possideat qui ei jusjurandum detulit : non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse* (1). Il est constant que le possesseur actuel n'est pas propriétaire : cela ne suffit pas pour que la possession doive lui être enlevée : il reste à prouver qu'un autre y a plus de droit que lui.

Le même jurisconsulte Ulpien exprime encore la même idée dans un autre texte, qui mérite d'être rapporté ici : *Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversùs te duntaxat : ei enim soli nocere debet jusjurandum qui detulit. Sed, si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse, adversùs eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem* (2). L'action Publicienne est une revendication utile : Ulpien confond l'action *de jurejurando* avec la Publicienne lorsque cette action *de jurejurando* tient lieu de la revendication. — Ailleurs, Ulpien, après Julien, qualifie expressément d'*utile* (du moins suivant une certaine interprétation) l'action *de jurejurando : Julianus ait eum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere* (3). Ce texte a donné lieu à beaucoup d'interprétations diverses. Je citerai seulement les deux qui me paraissent les plus plausibles.

1° Suivant Pothier (4), le possesseur d'un fonds a déféré le ser-

(1) L. 11 pr. *eod. Tit.*
(2) L. 7 § 7, D., *De public. in rem act.* (6, 2).
(3) L. 13 § 1, D., *De jurejur.*
(4) *Pand. Justin.*, Tit. *De jurejur.*, n° XXXVII.

ment à Titius qui menaçait de revendiquer contre lui, et Titius a juré que le fonds lui appartient. Le possesseur accomplit ensuite le temps requis pour la *præscriptio longi temporis*. Titius n'a pas à craindre que cette *præscriptio* lui soit opposée, il peut encore agir utilement contre le possesseur. En effet, le serment déféré par le possesseur, tout comme la *litis contestatio*, interrompt contre lui la *præscriptio longi temporis* (1). D'après cette interprétation, *utilem actionem habere* signifie que Titius peut revendiquer avec succès.

2° Suivant M. de Savigny (2), le possesseur pourrait déjà invoquer la *præscriptio longi temporis;* au lieu de l'invoquer, il défère le serment à celui qui se prétend propriétaire, et celui-ci jure effectivement que le fonds lui appartient. Dès lors il n'a plus à craindre que le possesseur lui oppose la *præscriptio longi temporis:* le possesseur y a véritablement renoncé (3).

L'action *de jurejurando* nous fournit l'occasion d'entrer dans quelques détails sur les actions *in factum* (4).

Il est d'abord à remarquer que, dans la formule de l'action *in factum*, l'*intentio* et la *demonstratio* sont, pour ainsi dire, confondues. Ce qui dans l'action *in jus* figure comme *demonstratio*, cela figure au contraire comme *intentio* dans l'action *in factum*. C'est ce que Gaius montre très-bien à propos de l'action *depositi*: «Dans certains cas, dit-il, le Préteur offre et des formules *in jus* et des formules *in factum*. Voici une formule *in jus: Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, quâ de re agitur, quidquid ob eam Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bonâ, id judex Numerium Negidium condemnato...*; *si non paret, absolvito*. Voici une formule *in factum: Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio*

(1) Argument d'analogie de ce que dit Ulpien, L. 9 § 3 *eod. Tit.*

(2) *System*, t. VII, § 311, note z.

(3) Comp. M. Pellat, Commentaire du livre VI des Pandectes, p. 500 et suiv.

(4) Comp. ce que nous avons déjà dit ci-dessus, p. 484.

condemnato ; si non paret, absolvito. L'action *commodati* a également deux formules » (1).

Ces formules *in factum* sont très-utiles aux fils de famille, qui, ne pouvant pas affirmer qu'ils sont propriétaires ou créanciers, par là même ne peuvent pas faire usage de formules *in jus*. Comme le dit Ulpien, *in factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere* (2). — Il est probable que les pérégrins faisaient également usage de formules *in factum*, et même on peut expliquer ainsi l'établissement du système formulaire. Du reste, pour les pérégrins on employait quelquefois des actions fictices : *Civitas romana peregrino fingitur,* dit Gaius, *si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modò justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : velut si furtum faciat peregrinus et cum eo agatur, formula ità concipitur :* JUDEX ESTO. SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMÆI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET .. *Item, si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur. Similiter, si ex lege Aquiliâ peregrinus damni injuriæ agat, aut cum eo agatur, fictâ civitate romanâ judicium datur* (3). On comprend qu'ici une fiction est nécessaire pour arriver à prononcer contre un *peregrinus* ou à son profit la peine fixée pour le *furtum* ou pour le *damnum injuriâ datum* : en effet, une pénalité est toujours plus ou moins arbitraire, et, par conséquent, en dehors de la *ratio naturalis*.

Enfin, d'une manière générale, les actions *in factum* sont utiles pour étendre l'application d'une règle de droit, lorsqu'on a reconnu que cette règle était conçue en termes trop restrictifs. C'est notamment ce que nous avons vu à propos de la loi Aquilia (4).

Quelques mots seulement sur trois actions que les rédacteurs des Institutes ont mentionnées à côté de l'action *de jurejurando*, parce que, comme celle-ci, elles sont prétoriennes et *in factum*. Du

(1) Comment. IV, § 47.
(2) L. 13, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) Comment. IV, § 37.
(4) Ci-dessus, p. 403 et suiv.

reste, ces actions sont pénales ; et, à ce titre, elles se rattachent à la division des actions qui fait l'objet des §§ 16 et suiv.

Justinien nous dit, après Gaius, que les actions pénales établies par le Préteur sont innombrables (1). Des trois qu'indique spécialement Justinien, deux sont déjà citées dans le texte de Gaius. Quelles sont donc ces trois actions?

1° L'action donnée contre celui qui n'a pas respecté l'*album* du Préteur, *qui quid ex albo corrupit*. Nous avons, au Digeste, le texte même de l'Édit sur ce point : *Si quis id quod jurisdictionis perpetuæ causâ, non quod prout res incidit, in albo vel in chartâ vel in aliâ materiâ propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est* (2).

2° L'action donnée contre celui qui, sans en avoir obtenu la permission, appelle *in jus* son patron ou son ascendant. Parlant de l'action *in factum* en général, Gaius dit : *Initio formulæ, nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur*. Et il cite précisément comme exemple l'action dont nous parlons. En voici la formule : *Recuperatores sunto. Si paret illum patronum ab illo liberto contrà edictum illius Prætoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium* x *millia condemnate; si non paret, absolvite* (3).

3° L'action donnée contre celui qui a enlevé ou fait enlever de force un individu *vocatus in jus*. Voici ce que dit Ulpien, à ce sujet: *In eum qui vi exemit, in factum judicium datur : quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata de quâ controversia est : hoc enim additum est ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi* (4).

(1) Gaius, IV, § 46; Inst., § 12 *De action.*
(2) L. 7 pr., D , *De jurisdict.* (2, 1).
(3) Comp. Inst., § 3 *De pœnâ temerè litig.* (IV, 16).
(4) L. 5 § 1, D., *Ne quis eum qui in jus vocab., vi eximat* (2, 7).

DES ACTIONS PRÉJUDICIELLES.

Les actions préjudicielles dont il est question aux Institutes (1) sont toutes relatives au *status*, à l'état des personnes. Mais dans l'ancien droit il y en avait d'autres. Gaius indique le véritable caractère de cette classe d'actions quand il nous dit que dans la formule on trouve uniquement une *intentio* (2).

Occupons-nous d'abord des actions préjudicielles non mentionnées aux Institutes.

Gaius parle d'une action préjudicielle dans laquelle il s'agit de savoir *quanta dos sit*. Quelques auteurs l'expliquent par des textes où nous voyons que, quand une femme mariée vient à mourir, le mari contribue à ses funérailles avec l'héritier, dans la proportion de la valeur de la dot par rapport aux autres biens de la femme (3): l'action préjudicielle *quanta dos sit* servirait à faire déterminer cette proportion. C'est là une interprétation qui ne me paraît pas admissible : le rôle ainsi donné à notre action préjudicielle appartient véritablement à l'action *funeraria* (4). — A mon sens, l'explication se trouve dans une Constitution de l'empereur Gordien, qui est ainsi conçue : *Si, cùm ea quæ tibi matrimonio copulata est nuberet, is cujus meministidotem tibi non additâ quantitate, sed quodcumque arbitratus fuisset, pro eâ daturum se ritè promisit, et interpositæ stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum jure judiciorum pervenies: videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse* (5). Un homme a promis à son gendre, à titre de dot, une valeur que lui-même s'est réservé de fixer. Cette promesse est valable : on sous-entend que la fixation sera faite *boni viri arbitrio*. Que peut faire le gendre? Le texte suppose que plusieurs actions lui sont ouvertes : *competentibus actionibus usus*. Quelles sont ces actions?

(1) § 13 *De action.*
(2) Comment. IV, § 44.
(3) LL. 22 et suiv., D., *De religiosis* (11, 7).
(4) Ulpien, L. 16 *eod. Tit.*
(5) L. 3, C., *De dotis promiss.* (5, 11).

C'est d'abord l'action *ex stipulatu*. Si la dot est exigible, le gendre intente l'action *ex stipulatu*, pour faire fixer le montant de la dot et pour obtenir immédiatement condamnation. Si au contraire le terme pris par le beau-père n'est pas encore échu, le mari ne peut pas intenter l'action *ex stipulatu ;* il n'en est pas moins vrai qu'il peut avoir intérêt à connaître dès à présent le chiffre de la dot qu'il recevra, par exemple afin de savoir sur quel pied il doit monter sa maison : il atteindra son but en exerçant l'action préjudicielle *quanta dos sit*. Telle est l'explication qui me paraît la plus probable de cette action, sur laquelle, du reste, nous sommes réduits aux conjectures (1).

Une autre action préjudicielle nous est encore indiquée par Gaius. Le créancier qui reçoit des *sponsores* ou des *fidepromissores* doit proclamer ce qui lui est dû et le nombre des cautions qu'il va recevoir ; à défaut de cette proclamation, *nisi prædixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intrà diem* XXX *præjudicium postulare quo quæratur an prædictum sit ; et, si judicatum fuerit prædictum non esse, liberantur* (2).

L'existence d'un *præjudicium* qui se rattache à la *bonorum venditio* nous est révélée en ces termes par le jurisconsulte Papirius Justus : *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt eos qui bona sua negant jure venisse, præjudicio experiri debere, et frustrà Principem desiderare rescindi venditionem* (3).

Enfin voici un texte de Paul, qui indique deux autres *præjudicia*, mais d'une manière un peu obscure : *Substitutus heres ab instituto, qui sub conditione scriptus est, utiliter sibi institutum hâc stipulatione cavere compellit, ne petitâ bonorum possessione res hereditarias deminuat : hoc enim casu, ex die interpositæ stipulationis duplos fructus præstare compellitur. Hujus enim præjudicium a superiore differt, quo quæritur an ea res de quâ agitur major sit centum sestertiis, idcòque in longiorem diem concipitur* (4).

— Arrivons aux trois actions préjudicielles des Institutes. *Præ-*

(1) Voy. mon traité *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 364.
(2) Gaius, III, § 123. Ci-dessus, page 278.
(3) L. 30, D., *De reb. auctorit. jud. possid.* (42, 5).
(4) *Sentences*, V, IX, § 1.

judiciales actiones, dit Justinien, *in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur an aliquis liber, vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus ferè una illa legitimam causam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit ; cæteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

1° Il s'agit de savoir si Titius est libre ou si au contraire il est esclave. Sous le système des actions de la loi, on procédait *sacramento,* comme en matière de propriété ; seulement, l'individu dont l'état étoit en question devait être représenté par un *assertor libertatis. Si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut* L *assibus sacramento contenderetur, lege* XII *Tabularum cautum est, favoris causâ ne satisdatione onerarentur adsertores...* (1). — Il paraît qu'à l'origine le magistrat réglait à laquelle des deux parties incomberait le fardeau de la preuve; mais celui dont l'état était en question devait toujours rester *in libertate* pendant le cours du procès (2). Plus tard il fut admis qu'on s'attacherait à l'état de fait existant au moment où éclate le procès, pour savoir laquelle des deux parties devrait prouver : *Si quis ex servitute in libertatem proclamat*, dit Ulpien, *petitoris partes sustinet ; si verò ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit...* (3). Mais on a toujours continué d'admettre que la personne doit être provisoirement *in libertate*, comme l'atteste une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien insérée au Code de Justinien (4). — La *vindicatio*, employée d'abord, fut ensuite remplacée par un *præjudicium*, dont Gaius ne parle pas encore.

Celui dont l'état fait l'objet du procès, de la *causa liberalis*, celui-là doit toujours être représenté par un *assertor libertatis.* La personne qui vit *in libertate* et que je prétends être mon esclave pourra-t-elle donc empêcher le procès, en s'arrangeant de manière à ne pas avoir d'*assertor*, ou bien va-t-elle succomber sans avoir été défendue? Nous voyons que l'empereur Constantin avait

(1) Gaius, IV, § 14.
(2) Pomponius, L. 2 § 24, D, *De orig. jur.*
(3) L. 7 § 5, D., *De liberali causâ* (40, 12).
(4) L. 14, C., *De liberali causâ* (7, 16).

pris des mesures particulières pour que la personne dont il s'agit puisse toujours avoir un *assertor* (1).

Avant Justinien, si l'*assertor libertatis* triomphait, il y avait chose jugée en faveur de la liberté. Si au contraire l'*assertor libertatis* succombait, il n'y avait pas chose jugée en faveur de la servitude : la partie intéressée pouvait encore soulever deux fois la question. Cette distinction a été supprimée par Justinien, en même temps que l'*adsertio libertatis*. Dans le droit de Justinien, la partie intéressée figure elle-même au procès, et ce qui est jugé pour elle ou contre elle est définitivement jugé (2).

Je rappelle que l'affranchissement *vindictâ* (3) n'est qu'une image de l'ancienne action.

2° Il s'agit de savoir si Titius est ingénu ou s'il est affranchi. C'est un des deux exemples de formules préjudicielles que cite Gaius. — Ici à qui incombe le fardeau de la preuve ? Nous avons sur ce point deux textes qui paraissent se contredire. Dans l'un, Ulpien dit : *Circà eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est quis actoris partibus fungatur. Et, si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse ; sin verò in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur* (*scilicet ejus qui ei controversiam movet*), *hoc probare debet qui eum dicit libertum suum. Quid enim interest servum suum quis, an libertum contendat?...* (4). Ailleurs, le même Ulpien pose une règle toute différente : *Quotiens de hoc contenditur an quis libertus sit, sive operæ petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in jus vocetur qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur præjudicium. Sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem præjudicium datur ; redditur autem alterutro desiderante ; sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur, probareque libertum suum necesse habet, aut, si non probet, vincitur* (5). Il suffit de lire attentivement ces

(1) L. 5, C. Th., *De liberali causâ* (4, 8).
(2) Voy. le Titre du Code, *De adsert. toll.* (7, 17).
(3) Voy. notre t. I, p. 188 et 189.
(4) L. 14, D., *De probat.* (22, 3).
(5) L. 6, D., *Si ingenuus esse dicatur* (40, 14).

deux textes pour se convaincre qu'en réalité il n'y a point antinomie entre eux. Dans le premier, Ulpien suppose uniquement le cas où l'un des plaideurs dit : « Je suis ingénu » et où l'autre plaideur répond « Non, car vous êtes mon affranchi. » Dans ce cas, si celui qui se prétend ingénu est *in possessione libertinitatis*, c'est à lui de prouver que sa prétention est fondée, et que le droit est contraire au fait, tandis que s'il est *in possessione ingenuitatis*, la présomption est en sa faveur, et c'est à l'adversaire qu'incombe tout le fardeau de la preuve. Dans l'autre texte, au contraire, Ulpien suppose successivement deux cas distincts, savoir : 1° le cas déjà prévu, où l'homme prétend qu'il est ingénu, et 2° le cas où, convenant qu'il est un affranchi, il prétend seulement qu'il n'est pas l'affranchi de son adversaire. Le même *præjudicium*, dit Ulpien, est applicable à ces deux cas. Mais, dans l'un et dans l'autre, la question de preuve est-elle réglée de la même manière ? Non : pour le premier cas, consultez la L. 14 *De probat.*; la L. 6 *Si ingenuus esse dicatur* ne dit pas un mot de la question de preuve relativement à ce premier cas. C'est seulement en vue du deuxième que cette L. 6 dit : « Que le *præjudicium* ait été donné sur la demande du prétendu patron ou qu'il ait été donné contre lui, c'est toujours à lui à faire la preuve. »

Ulpien ne s'est donc pas contredit lui-même. Il donne, il est vrai, deux solutions différentes; mais il ne les donne pas pour une seule et même hypothèse. Maintenant, comment s'expliquer la distinction qu'il établit? Voici quelle me paraît avoir été son idée : « L'état d'ingénu, comme l'état d'affranchi, est susceptible d'une certaine possession : on comprend très-bien que celui qui prétend que la possession, que le fait actuel, n'est pas d'accord avec la réalité juridique, doive le prouver : la possession de l'état d'ingénu fait présumer qu'on est réellement ingénu, la possession de l'état d'affranchi fait présumer qu'on est réellement affranchi. Mais, lorsque, votre qualité d'affranchi étant constante, je prétends que c'est moi qui suis votre patron, ma prétention est analogue à celle d'un homme qui prétend qu'un autre est obligé envers lui : de même que c'est au prétendu créancier à prouver qu'une certaine obligation a pris naissance à son profit, de même

c'est à moi à prouver que vous êtes tenu envers moi par suite du rapport appelé *patronage.* »

La qualité d'ingénu, comme celle d'homme libre, doit être reconnue par le juge à la suite d'un procès où a figuré le contradicteur légitime. Un individu étant déclaré libre ou ingénu *non justo contradictore*, la sentence est nulle : *perindè inefficax est decretum atque si nulla judicata res intervenisset* (1). — On peut supposer que le *justus contradictor* a figuré dans le procès, mais que par complaisance il s'est arrangé de manière à faire proclamer la liberté ou l'ingénuité de celui qui est réellement son esclave ou son affranchi : *Senatusconsultum factum est Domitiani temporibus, quo cautum est ut, si quis probâsset per collusionem quicquam factum, si iste homo servus sit, fieret ejus servus qui detexisset collusionem* (2). Toute personne peut également *collusionem detegere ingenuitatis post sententiam.* On a, pour prouver ainsi la fraude, un délai de cinq ans, *quinquennium continuum* (3).

3° Dans l'action préjudicielle *de partu agnoscendo*, la question posée au juge est de savoir si une femme est réellement accouchée, si son mari est bien réellement le père de l'enfant. Ulpien nous apprend que deux Sénatusconsultes avaient été rendus en cette matière : *Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus D. Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de cognoscendo eo agatur* (4). — J'ajouterai seulement que la sentence du juge qui prononce que tel ou tel enfant n'appartient pas au mari de sa mère a une valeur absolue, est réputée la vérité vis à vis de tout le monde : *placet ejus rei judicem jus facere* (5).

— Une règle commune aux trois actions préjudicielles dont il vient d'être parlé, c'est que, dès qu'il s'est écoulé cinq ans depuis la mort d'une personne, on ne peut plus agir pour lui faire recon-

(1) Callistrate, L. 3, D., *De collus. deteg.* (40, 16).
(2) Gaius, L. 1 *eod. Tit.*
(3) Ulpien, L. 2 *eod. Tit.*
(4) L. 3 § 1, D., *De agnosc. et al. liberis* (25, 3).
(5) L. 3 pr. *eod. Tit.*

naître un état pire que celui *in cujus possessione mortua est* (1).

Observations générales sur l'action in personam et sur l'action in rem.

L'obligation de donner une certaine chose, c'est-à-dire d'en transférer la propriété, ne peut pas naître au profit de celui qui est propriétaire de cette chose. C'est là une règle dont nous avons déjà vu plus d'une fois faire l'application (2). Cela étant, il va de soi que, quand je suis propriétaire d'une chose, je ne puis pas intenter une action par laquelle je prétendrais que le défendeur est obligé de me donner cette chose. C'est aussi ce que dit Gaius : *Certum est non posse nos rem nostram ab alio ità petere*, SI PARET EUM DARE OPORTERE : *nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cùm solum id dari nobis intelligatur quod ità datur ut nostrum fiat, nec res quæ nostra est, ampliùs nostra fieri potest* (3). Là où l'obligation est impossible, évidemment il ne peut pas être question d'une action *in personam*.

Mais Gaius nous signale immédiatement une exception à la règle : *Planè, odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extrà pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures ex hâc actione etiam teneantur*, SI PARET EOS DARE OPORTERE, *quamvis sit etiam adversùs eos hæc actio quâ rem nostram esse petimus* (4). Il s'agit là de la *condictio furtiva*, dont nous avons déjà dit un mot (5). Ainsi, ma chose est volée par Titius : sans doute je puis la revendiquer; mais je puis aussi dire au voleur : « Vous avez voulu vous approprier ma chose : je suppose que

(1) Voy. le Titre du Digeste *Ne de statu defunct. post quinquennium quæratur* (40, 15).

(2) Voy. Inst., § 10 *De legatis* (II, 20); § 2, au commencement, *De inutil. stipul.* (III, 19).

(3) Comment. IV, § 4 (au commencement). Reproduit, aux Institutes, § 14 (au commencement) *De action.*

(4) Même § 4, *in fine*; même § 14, *in fine*.

(5) Inst., § 19 *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1). Ci-dessus, p. 382 et 383.

vous y soyez parvenu ; au moins êtes-vous obligé de me la rendre, puisque je n'ai point consenti à vous la donner. »

Quelle utilité peut avoir pour la personne volée la possibilité d'employer cette *condictio furtiva ?* Supposons que la chose périsse par cas fortuit entre les mains du voleur : la revendication devient par là même impossible, *res extinctæ vindicari non possunt*. Au contraire la *condictio* subsiste : car, du moment où la chose a été entre les mains du voleur, il s'est trouvé en demeure de la rendre ; or, la perte fortuite de l'objet dû, en principe, ne libère le débiteur qu'autant qu'il n'était pas *in morâ*. C'est ce que dit très-bien Gaius : *Extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus... possunt* (1). — Le voleur, du reste, peut purger sa demeure, comme le peut en général tout autre obligé : *In re furtivâ,* dit Ulpien, *condictio ipsorum corporum competit; sed utrùm tamdiù quamdiù exstent, an verò et si desierint esse in rebus humanis? Et, si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio; si non obtulit, durat condictio æstimationis ejus : corpus enim ipsum præstari non potest* (2). Mais la demeure n'est point purgée par cela seul que le voleur est prêt à défendre à la *condictio furtiva : Licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dùm in rebus humanis res fuerat, condicere eam, posteà autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt : quia videtur qui primò invito domino rem contrectaverit, semper in restituendâ eâ quam nec debuit auferre, moram facere* (3).

Il y a d'autres cas encore où l'action est intentée par un homme qui prétend que sa propre chose doit lui être donnée. Ainsi, cela se présente pour l'action *rerum amotarum*, qui, du reste, est une espèce de *condictio furtiva*, moins le nom (4). Cela se présente également au cas où j'ai été violemment dépossédé de ma chose. *Sed et ei qui vi aliquem de fundo dejecit posse fundum condici Sabinus scribit : et ità et Celsus. Sed ità si dominus sit qui dejectus condi-*

(1) Comment. II, § 79 *in fine*. Voy. aussi Inst, § 26 *in fine De divis rer.* (II, 1).

(2) L. 8 pr., D., *De condict. furt.* (13, 1).

(3) Tryphoninus, L. 20 *eod. Tit.*

(4) Ulpien, L. 17 § 2, D., *Rerum amot.* (25, 2).

cat ; cæterùm, si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait (1). — Enfin Titius doit me donner le fonds Cornélien ; j'en deviens propriétaire *aliundè :* si les deux causes ne sont pas lucratives, je pourrai très-bien, quoique propriétaire, intenter contre Titius l'action personnelle *si paret fundum dare oportere* (2).

Nous savons que la *rei vindicatio* est l'action par laquelle on prétend être *dominus ex jure Quiritium* d'une certaine chose. Quant au mot *vindicatio*, il s'applique, en général, à toute action *in rem*. — Au contraire, le mot *condictio* ne s'applique pas à toute action *in personam* sans distinction : il s'applique seulement aux actions par lesquelles *dari fierive oportere intendimus* (3). Très-anciennement *condicere* était synonyme de *denunciare :* en effet, le demandeur dénonçait à son adversaire qu'il eût à se présenter au bout de trente jours pour recevoir un juge. *Nunc verò*, ajoute Gaius, *non propriè* CONDICTIONEM *dicimus actionem in personam quâ intendimus dare nobis oportere : nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit* (4).

Ainsi, *actio in personam* désigne le genre ; *condictio* désigne seulement une des espèces comprises dans ce genre. Au nombre des actions *in personam*, outre les *condictiones*, nous trouvons encore : les actions de bonne foi, l'*actio furti* et l'*actio legis Aquiliæ*, un grand nombre d'actions *in factum*.

ACTIONS PÉNALES ET ACTIONS *REI PERSECUTORIÆ*.

Après avoir divisé les actions en actions *in rem* et actions *in personam*, Gaius signale en ces termes une seconde division : *Agimus interdùm ut rem tantùm consequamur, interdùm ut pœnam tantùm,*

(1) Ulpien, L. 2, D., *De condict. tritic.* (13, 3). Voy. aussi L. 25 § 1, D., *De furt.* (47, 2).

(2) Inst., § 6 *De legatis;* § 2 *De inutil. stipulat.* Ci-dessus, p. 207 et 208.

(3) Gaius, IV, § 5; Inst., § 15 (au commencement) *De action.*

(4) Comment. IV, § 18; Inst., § 15 *in fine De action.*

aliàs ut rem et pœnam (1). — Tandis que la division précédente comprenait même les actions relatives à l'état des personnes, celle-ci au contraire suppose uniquement des actions relatives aux biens.

Le but du demandeur qui intente une action peut être de maintenir ou de rétablir l'intégrité de son patrimoine : c'est ce qui arrive quand je revendique ma chose contre un tiers-possesseur, et, de même, quand je réclame de Titius le remboursement d'une somme que je lui ai prêtée. D'autres fois le but du demandeur est de faire infliger au défendeur une diminution de son patrimoine : ainsi celui qui intente l'action *furti* tend à ce que le patrimoine du défendeur, tel qu'il se trouve aujourd'hui légalement constitué, soit ramené à une valeur moindre. Dans d'autres cas enfin, le demandeur cherche tout à la fois, par une seule et même action, d'abord à maintenir son patrimoine intact et puis à faire réduire celui du défendeur : tel est le cas de l'action *bonorum vi raptorum*. Dans la première hypothèse, nous disons que l'action est *rei persequendæ gratiâ comparata*, ou, plus brièvement, *rei persecutoria* (2) ; dans la seconde, nous disons qu'elle est pénale; enfin, dans la troisième, nous disons qu'elle est mixte.

Une action peut être pénale pour le défendeur, *rei persecutoria* pour le demandeur. Ainsi, par dol ou par maladresse vous tuez mon esclave. Cet esclave valait 20 sous d'or, et depuis un an il n'avait aucunement changé de valeur. A quoi tend l'action de la loi Aquilia que j'intente contre vous ? Assurément elle ne tend pas à augmenter mon patrimoine, elle tend à le maintenir ce qu'il était avant votre délit ; mais elle tend aussi à diminuer le vôtre, à en faire sortir 20 sous d'or. De même, vous vous présentez à moi comme possédant ma chose qu'en réalité vous ne possédez pas ; vous voulez donner le temps au véritable possesseur d'accomplir l'usucapion, et il l'accomplit effectivement : si je vous fais condamner pour votre dol (3), le montant de la condamnation sera pour moi une pure indemnité, mais ce sera pour vous une peine. De même encore si par votre dol vous me faites accepter une hérédité

(1) Comment. IV, § 6. Comp. Inst., § 16 *De action.*
(2) Cette dernière expression ne se trouve pas dans les textes.
(3) Gaius, L. 39, D., *De dolo malo* (4, 3).

mauvaise (1). Dans les cas de cette espèce, les jurisconsultes romains disent tantôt que l'action *pertinet ad rei persecutionem*, et tantôt qu'elle est *pœnalis*. Je dirai qu'il y a là une action pénale *unilatérale*. Et dans les cas où il s'agit non-seulement d'appauvrir le défendeur, mais en même temps d'enrichir le demandeur, comme par exemple dans le cas de l'action *furti*, je dirai que l'action est pénale *bilatérale* (2).

— Quel est l'intérêt pratique de la division des actions en actions *rei persecutoriæ* et actions pénales? Cet intérêt se présente à trois points de vue principaux :

1° Toute action pénale peut s'exercer *noxaliter* contre le possesseur de l'esclave, quand la personne qui a encouru la peine se trouve être un esclave (3).

2° Une action pénale ne peut jamais être intentée contre l'héritier de celui en la personne de qui elle a pris naissance. *Est certissima juris regula*, dit Gaius, *ex maleficiis pœnales actiones in heredem non competere* (4). Ulpien fait application de cette règle lorsqu'il dit, en parlant de l'action de dol : *Hæc actio in heredem et cæteros successores datur, duntaxat de eo quod ad eos pervenit* (5). Cette règle sert aussi à nous expliquer pourquoi l'action de la loi Aquilia ne peut jamais être intentée contre l'héritier de celui qui *damnum injuriâ dedit* (6) : lors même que l'action tendrait purement et simplement au montant du dommage, elle n'en est pas moins pénale *ex parte rei*, et cela suffit pour mettre l'héritier à l'abri.

Le dol, il faut bien le remarquer, ne donne pas toujours lieu à une action pénale. Voici, en ce sens, un texte de Paul, dans lequel le jurisconsulte se place précisément aux deux points de vue qui viennent d'être indiqués (transmissibilité *in heredem*, possibilité d'agir *noxaliter*) : *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cùm tutor in tutelâ ge-*

(1) Furius Anthianus, L. 40 *eod. Tit.*
(2) Comp. M. de Savigny, *System*, t. V, § 210.
(3) Inst., pr. *De noxal. act.* (IV, 8).
(4) Comment. IV, § 112. Comp. Inst., § 1 *De perp. et tempor. act.* (IV, 12).
(5) L. 17 § 1, D., *De dolo malo.*
(6) Inst., § 9 *in fine De lege Aquiliâ* (IV, 3). Ci-dessus, p. 399.

rendâ dolo fecerit, aut is apud quem depositum est. Quo casu enim cùm filiusfamiliâs aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis (1).

3° L'action pénale est toujours donnée pour le tout, *in solidum*, contre chacun des délinquants. Du reste, il y a une distinction à faire. S'il s'agit d'une action pénale bilatérale, telle que l'action *furti*, même le paiement fait par l'un de ceux qui en sont tenus ne libère pas les autres : chacun doit être puni aussi sévèrement que si lui seul avait commis le délit. La différence qui existe à cet égard entre l'action *furti* et la *condictio furtiva* est très-bien signalée par les empereurs Dioclétien et Maximien : *Præses provinciæ, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis verò nummorum furtim subtractorum electionem esse, ac tùm demùm si ab uno satisfactum fuerit cæteros liberari, jure proferre sententiam curabit* (2). Au contraire, s'il s'agit d'une action pénale unilatérale, le principe est que les co-délinquants sont tenus *in solidum* dans le sens ordinaire du mot, c'est-à-dire que le créancier peut bien s'attaquer à celui qu'il lui plaît de choisir, mais que le paiement fait par l'un libère les autres : *Si plures dolo fecerint*, dit Ulpien, *et unus restituerit, omnes liberantur; quòd si unus quanti ea res est præstiterit, puto adhùc cæteros liberari* (3). Toutefois, ainsi que nous le verrons dans un instant, l'action de la loi Aquilia est traitée, sous ce rapport, comme l'action *furti*.

Quelles actions appartiennent à la classe des actions *rei persecutoriæ?*

Ce sont d'abord, dit Justinien, toutes les actions *in rem* (4). Mais cette proposition n'est pas d'une exactitude absolue. Supposons qu'un tiers qui possède ma chose la détruise pour n'avoir pas à me la rendre : *dolo facit quominùs possideat*. La revendication que je puis exercer contre lui (5) est certainement pénale vis à vis de lui :

(1) L. 49, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(2) L. 1, C., *De condict. furt.* (4, 8).
(3) L. 17 pr., D., *De dolo malo*.
(4) Inst., § 17 (1re phrase) *De action*.
(5) Voy. ci-dessus, p. 489.

aussi ne pourrais-je pas, en principe, l'intenter contre son héritier. Ainsi que le dit Julien, *cùm fundi possessor antè litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt; sed in factum actio adversùs eos reddi debebit, per quam restituere cogantur quantò locupletes ex eâ re facti fuerunt* (1).

Quant aux actions *in personam*, celles qui naissent *ex contractu* sont presque toutes *rei persecutoriæ*. Cela s'applique aux actions qui naissent du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, de la vente, du louage. Cependant l'action *depositi directa* n'est pas toujours donnée uniquement *rei persequendæ causâ*. Lorsqu'il s'agit d'un dépôt nécessaire, c'est-à-dire d'un dépôt fait *tumultùs*, *incendii*, *ruinæ*, *naufragii causâ*, le Préteur donne l'action au double soit contre le dépositaire, soit contre son héritier personnellement coupable de dol : l'action alors est mixte, *tàm rei quàm pœnæ persecutoria* (2). Nous voyons, du reste, dans un autre passage des Institutes (3), que l'action *depositi directa* n'est ainsi donnée au double que contre celui qui nie le fait du dépôt, *adversùs inficiantem*. D'un passage des *Sentences de Paul*, on peut conclure que, d'après la loi des douze Tables, l'action *depositi directa* était toujours donnée au double : *Ex causâ depositi lege* XII *Tabularum in duplum actio datur, edicto Prætoris in simplum* (4).

Parmi les actions qui naissent *ex maleficiis*, les unes sont purement pénales, les autres sont mixtes (5). Est purement pénale l'action *furti*, sans distinguer si elle est donnée au quadruple, contre un *fur manifestus*, ou si elle est donnée seulement au double contre un *fur nec manifestus*. Elle est purement pénale : car la personne volée a une autre action *ipsius rei persequendæ causâ*,

(1) L. 52, D., *De rei vindic.* (6, 1).
(2) Inst., § 17 *De action.*
(3) § 26 *eod. Tit.*
(4) *Sent.*, II, XII, § 11.
(5) Inst., § 18 (1er alinéa) *De action.* — La *condictio furtiva* est purement *rei persecutoria* : ne naît-elle pas *ex maleficio?* Elle naît à l'occasion du *furtum*; mais, à proprement parler, elle ne dérive pas *ex ipso maleficio*. Comp. M. de Savigny, *System*, t. V, append. XIV, nos 17 et 18.

ou la revendication contre le possesseur, quel qu'il soit, ou la *condictio* contre le voleur et contre son héritier (1).

Comme exemple d'action mixte, on cite d'abord l'action *bonorum vi raptorum*. Elle est mixte, *quia in quadruplum rei persecutio continetur, pœna autem tripli est* (2). Gaius nous apprend que certains jurisconsultes la considéraient comme purement pénale (3); leur opinion n'avait pas prévalu.

Au nombre des actions mixtes figure également l'action de la loi Aquilia. Ce n'est pas seulement quand elle est donnée au double *adversùs inficiantem* qu'elle est mixte; elle peut encore avoir ce caractère lors même qu'elle est donnée au simple. En effet, supposons qu'on me tue un esclave devenu depuis un an borgne ou boiteux : j'obtiendrai une condamnation égale, non pas au montant du dommage que j'éprouve, mais à la plus haute valeur que l'esclave ait eue dans l'année (4). Au-delà de l'indemnité qu'elle me procure, l'action est véritablement pénale bilatérale; et, jusqu'à concurrence même de cette indemnité, si pour moi elle est bien *rei persecutoria*, pour le défendeur elle est encore *pœnalis*. Aussi Ulpien s'exprime-t-il très-exactement lorsqu'il dit, en termes absolus : *In heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cùm sit pœnalis; nisi fortè ex damno locupletior heres factus sit* (5). — Qu'arriverait-il si le même *damnum* était imputable à plusieurs? Chacun des délinquants serait tenu comme s'il eût seul commis le délit, et le paiement fait par l'un ne libérerait pas les autres. *Cùm a pluribus*, dit Julien, *idem servus ità vulneratus esset ut non appareret cujus ictu periisset, omnes lege Aquiliâ teneri veteres judicaverunt* (6). Et voici comment Ulpien développe cette décision : *Si plures servum percusserint, utrùm omnes, quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cujus ictu perierit,*

(1) Inst., § 18 (2e alinéa) *De action.* Voy. aussi Ulpien, L. 7 § 2, D., *De condict. furt.* (13, 1).

(2) Inst., § 19 (1re phrase) *De action.*

(3) Comment. IV, § 8.

(4) Inst., § 19 (2e phrase) *De action.* Rapprochez le § 9 *De lege Aquiliâ* (IV, 3).

(5) L. 23 § 8, D., *Ad leg. Aquil.* (9, 2). Comp., ci-dessus, p. 552.

(6) L. 51 § 1, D., *Ad leg. Aquil.*

ille quasi occiderit tenetur. Quod si non apparet, omnes quasi occiderint, teneri Julianus ait; et si cum uno agatur, cæteri non liberantur : nàm ex lege Aquiliâ quod alius præstitit, alium non relevat, cùm sit pœna (1). On ne suit donc pas ici la règle ordinaire en matière d'action pénale unilatérale (2). Cela tient peut-être à ce que, le propriétaire de l'esclave pouvant prendre la valeur de celui-ci à un moment différent vis à vis de chacun des co-délinquants (pourvu qu'il la prenne toujours dans l'année qui a précédé le délit), les co-délinquants ne sont pas tous tenus de la même somme, ce qui ne permet guère de voir en eux des co-débiterus solidaires. Du reste, comme je l'ai déjà fait remarquer, l'action de la loi Aquilia, dans une certaine mesure, est véritablement une action pénale bilatérale (3).

Enfin l'action est mixte dans tous les cas où elle est donnée au double *adversùs inficiantem*. Nous savons déjà que, dans le droit de Justinien, quand des legs ou des fidéicommis ont été laissés *sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis*, si, la personne chargée de l'exécution ne payant pas, on se trouve dans la nécessité de l'appeler en justice, cette personne sera condamnée au double : *tunc et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est dare compellitur, et aliud tantum pro pœnâ* (4).

ACTIONS MIXTES, *TAM IN REM QUAM IN PERSONAM.*

Les rédacteurs des Institutes viennent de parler d'actions qui sont mixtes en ce sens qu'elles sont données tout à la fois *rei et pœnæ persequendæ causâ*. Ils en prennent occasion de signaler trois actions qui sont également mixtes, *quæ mixtam causam obtinere videntur*, mais en un tout autre sens. Il s'agit de l'action *familiæ*

(1) L. 11 § 2 *eod. Tit.*

(2) Voy. ci-dessus, p. 553.

(3) Comp. mon traité *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 177-179.

(4) Inst., § 19 *in fine De action.* Comp. § 7 *De oblig. quasi ex contr.* (III, 27), et ci-dessus, p. 370 et 371.

erciscundæ, donnée entre cohéritiers pour le partage de la succession, de l'action *communi dividundo*, donnée entre communistes pour le partage de la chose indivise, et enfin de l'action *finium regundorum*, donnée entre propriétaires voisins relativement au bornage (1).

Nous savons déjà que la formule de ces trois actions contient une partie qui ne se rencontre dans aucune autre formule, l'*adjudicatio* (2). Nous savons aussi que cette *adjudicatio* est une manière de transférer la propriété (3). Nous devons maintenant tout d'abord compléter cette dernière notion, en disant quelques mots de l'effet du partage en droit romain.

Lorsqu'une succession ou une chose particulière est partagée en nature entre ceux à qui elle appartenait par indivis, les Romains voient là une sorte d'échange. En d'autres termes, le partage est attributif de propriété. Cette doctrine n'avait pas été universellement admise dès l'origine; mais de bonne heure elle avait prévalu. Sur ce point, nous avons au Digeste un texte très-curieux. Un homme qui était co-propriétaire par indivis avec vous d'un certain fonds a légué à sa femme l'usufruit de ce fonds; après sa mort, il y a partage entre vous et son héritier. Le fonds étant partagé en nature, *certis regionibus*, l'usufruit de la femme, suivant Trebatius, ne porte aucunement sur la part divise mise dans votre lot, il porte uniquement sur la part divise échue à l'héritier du mari (4). « Mais, dit Labéon, je tiens cette décision pour fausse. En effet, l'usufruit de la femme avant le partage portant pour moitié indivise sur la totalité du fonds, l'arbitre n'a pas pu, statuant entre vous et l'héritier du mari, changer le droit de la femme. Telle est aussi la doctrine reçue » (5).

Lorsque deux personnes ont l'usufruit par indivis d'une chose, comme le droit d'usufruit de Primus n'est pas susceptible d'être

(1) Inst., § 20 *De action.*

(2) Gaius, IV, § 42. Ci-dessus, p. 470 et 471.

(3) Voy. les *Fragments d'Ulpien*, XIX, § 16; et notre t. I, p. 446.

(4) C'est ce qu'il faudrait décider chez nous, le partage étant déclaratif (C. Nap., art. 883).

(5) L. 31, D., *De usu. et usufr.* (33, 2). — Voy. aussi Papinien, L. 3 § 2, D., *Qui potiores* (20, 4).



transféré à Secundus, aucune *adjudicatio* ici n'est possible : en d'autres termes, entre co-usufruitiers il ne peut pas y avoir, comme entre co-propriétaires par indivis, une action *communi dividundo* directe. *Si inter duos fructuarios sit controversia*, dit Ulpien, *Julianus scribit æquissimum esse quasi communi dividundo judicium dari, vel stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur. Cur enim (inquit Julianus) ad arma et rixam procedere patiatur Prætor quos potest jurisdictione suâ componere?...* (1).

Revenons maintenant à notre § 20 *De actionibus*, et demandons-nous ce qu'on a précisément voulu dire lorsqu'on a dit, en parlant des trois actions où l'*adjudicatio* est possible : *Mixtam causam obtinere videntur, tàm in rem quàm in personam*. Sur ce point, un grand nombre d'explications diverses ont été proposées. Je rapporterai ici les quatre principales :

1° Les trois actions dont nous parlons ont ceci de remarquable que chacune des parties qui figurent au procès peut être condamnée. En général, le demandeur peut bien succomber dans sa prétention ; mais le défendeur seul peut être condamné. Ici, au contraire, une condamnation proprement dite peut être prononcée contre le demandeur tout aussi bien que contre le défendeur. *Mixtæ sunt actiones*, dit Ulpien, *in quibus uterque actor est : utputa finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi* (2). — Dans le même sens, les actions dont il s'agit sont dites *doubles*. Ecoutons Gaius : *In tribus istis duplicibus judiciis,... quæritur quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad judicium provocâsset* (3). Ulpien prévoit le cas où les parties d'accord se sont adressées au juge : *Sed cùm ambo ad judicium provocant, sorte res discerni solet* (4). Quel intérêt peut-il donc y avoir, puisque tous peuvent également être condamnés, à rechercher

(1) L. 13 § 3, D., *De usufr.* (7, 1). Voy. aussi le même Ulpien, L. 7 § 10, D., *Comm. divid.* (10, 3).
(2) L. 37 § 1, D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(3) L. 2 § 1, D., *Comm. divid.* (10, 3).
(4) L. 14, D., *De judiciis* (5, 1).

lequel sera considéré comme demandeur ? L'intérêt consiste vraisemblablement en ce que le demandeur devra d'abord administrer ses preuves, en ce qu'il aura le premier la parole pour soutenir ses prétentions, etc.

Voilà donc un caractère particulier que présentent nos trois actions : chaque partie est tout à la fois demanderesse et défenderesse. Est-ce à cela qu'ont voulu faire allusion les rédacteurs du § 20 *De actionibus ?* Les mots *tàm in rem quàm in personam* signifieraient alors que le caractère en question peut se rencontrer tant dans une action *in rem* que dans une action *in personam*. En effet, les mêmes mots sont employés en ce sens lorsqu'on dit qu'il y a certaines actions que le Préteur a établies en vertu de sa juridiction, *tàm in rem quàm in personam* (1). Mais nos trois actions sont certainement des actions personnelles (2), et même on peut ajouter que, parmi les actions *in rem*, il n'en est aucune qui présente avec elles de l'analogie. Le sens du § 20 est donc que chacune des trois actions qu'il mentionne a un caractère mixte, *tàm in rem quàm in personam*. Dès lors il faut reconnaître que ce § 20 est absolument étranger à la circonstance que dans certains cas les deux parties jouent à la fois l'une et l'autre le rôle de demandeur et le rôle de défendeur.

2° Le mot *causa* signifie souvent l'objet, le but (3). Il peut signifier le but que se propose une personne en exerçant une action. Quel est ce but ? C'est toujours d'obtenir une condamnation, c'est-à-dire de faire naître une créance à son profit. Mais dans les trois actions qui nous occupent, il y a autre chose : la partie tend à ce qu'il y ait *adjudicatio*, c'est-à-dire création d'un droit réel à son profit. L'idée contenue dans le § 20 serait donc celle-ci : « Il y a des actions qui ont un caractère mixte, en ce sens que pour chaque partie elles peuvent aboutir à la création d'un droit réel aussi bien qu'à la création d'un droit de créance. »

(1) Inst., § 3 *De action.*

(2) Voy. notamment Justinien, L. 1 § 1, C., *De annali except.* (7, 40).

(3) Ainsi, en cas de substitution pupillaire, on peut dire qu'il y a *unum testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum*. Voy. Inst., § 2 *De pupill. substit.* (II, 16).

Je ne puis pas admettre cette explication, du reste assez ingénieuse. Elle donne aux expressions *in rem* et *in personam* un sens tout à fait insolite. Il faudrait dire que le revendiquant lui-même, qui tend à obtenir une condamnation, agit *in personam*.

3° Les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, nous l'avons dit, sont des actions *in personam*. Exercer l'une ou l'autre de ces actions, c'est toujours prétendre que l'adversaire est obligé, c'est soumettre au juge une question d'obligation. Cependant il est possible que ce juge ait à résoudre aussi une question de propriété. Ainsi, possesseur d'une succession, j'intente contre Titius l'action *familiæ erciscundæ;* Titius me conteste la qualité d'héritier. Comme possesseur, je ne serai pas renvoyé à intenter tout d'abord la *petitio hereditatis;* ce sera le juge même de l'action *familiæ erciscundæ* qui devra *cognoscere an coheres sim*, statuer sur le point de savoir si je suis ou non appelé à l'hérédité (1). Il en serait de même si, possesseur d'une chose, j'intentais l'action *communi dividundo*, et que mon adversaire me contestât la qualité de propriétaire. Enfin Paul dit expressément que l'action *finium regundorum*, qui est une action *in personam*, tient néanmoins lieu de la revendication (2) : en effet, le juge de cette action doit rechercher, en cas de difficulté, de quoi chacun des deux voisins est précisément propriétaire. — Voilà, dit-on, à quoi ont voulu faire allusion les rédacteurs du § 20 *De actionibus*. Le juge est appelé sans doute à statuer sur une question d'obligation; mais il peut avoir à statuer aussi sur une question de propriété, il peut être dans le cas de faire ce que fait ordinairement le juge de la pétition d'hérédité ou de la revendication (3).

Cette troisième explication du § 20 *De actionibus* donne lieu à une objection qui me paraît grave. Sans doute le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, comme le juge de l'action *finium regundorum*, peut avoir à trancher un différend sur une question de propriété. Mais ce n'est point là sa fonction normale,

(1) Gaius, L. 1 § 1, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).
(2) L. 1, D., *Fin. regund.* (10, 1).
(3) Telle paraît être l'idée de M. de Savigny, *System*, t. V, § 209. Du reste, l'illustre romaniste l'énonce sans aucun développement.

cela ne se présente pour lui que très-accidentellement. Il est donc difficile de croire que les rédacteurs des Institutes aient songé à cette possibilité et non pas à un caractère constant des actions dont ils parlent, quand ils ont dit, en termes si positifs et si absolus : *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tàm in rem quàm in personam*. Leur idée est que l'action est toujours, et non pas accidentellement, *tàm in rem quàm in personam*.

4° Les trois actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum*, sont bien des actions *in personam ;* mais, en même temps, à un certain point de vue, elles ont le caractère distinctif de l'action *in rem*. Suivant M. de Savigny, elles auraient eu ce caractère, même sous le rapport de la formule, attendu que l'*adjudicatio,* ne contenant pas le nom de toutes les parties, se trouve dès lors véritablement rédigée *in rem :* la formule, étant *in personam* quant à l'*intentio* et *in rem* quant à l'*adjudicatio*, aurait été dite *mixta, tàm in rem quàm in personam*, et cette qualification aurait ensuite été appliquée à l'action elle-même (1). Ici encore la conjecture du grand romaniste prussien ne me paraît pas admissible : d'une part, il n'est aucunement démontré que la qualification dont il s'agit remonte à l'époque où le système formulaire était en vigueur, et, d'autre part, si l'on peut dire que l'*adjudicatio* de la formule est rédigée *in rem*, ce n'est point une raison pour dire que la formule elle-même, et surtout que l'action est *in rem*.

Ce n'est donc point en se plaçant au point de vue de la formule qu'on est arrivé à déclarer que nos trois actions présentent le caractère de l'action *in rem*. Lorsque le juge de la revendication a reconnu que le demandeur est propriétaire, le demandeur, en sortant de l'audience, dit : « Cette chose est bien décidément à moi. » De même, lorsque sur l'action en partage ou sur l'action *finium regundorum*, le juge confère à Titius la propriété d'une certaine chose ou d'une certaine parcelle de terre, Titius après cette *adjudicatio* va dire : « Ceci est bien décidément à moi. » Sans doute dans l'action *in rem* le juge se borne à reconnaître un droit de propriété préexistant, tandis que dans l'action en partage et dans

(1) *System*, t. V, § 216.

l'action *finium regundorum* il attribue à la partie une propriété qu'elle n'avait point; mais pratiquement le résultat est le même, et il n'est pas surprenant que, surtout à l'époque de Justinien, on ait assimilé l'attribution judiciaire à la déclaration judiciaire de propriété (1). Du reste, nous voyons les jurisconsultes romains eux-mêmes employer abusivement le mot *adjudicatio* pour désigner la reconnaissance judiciaire du droit réel. Voici, par exemple, un texte de Marcien : *Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam, quemadmodum habiturus sit quæritur*... (2). Il s'agit d'un créancier qui a intenté l'action hypothécaire et qui a fait reconnaître par le juge qu'il a effectivement un droit d'hypothèque sur telle chose (3).

A l'appui de cette explication, fondée sans doute sur une manière de parler inexacte, ce qui me paraît surtout décisif, c'est la dernière phrase de notre § 20 *De actionibus*. Après avoir mentionné les trois actions qui ont un caractère mixte, le rédacteur développe ainsi sa pensée : *In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et, si unius pars prægravare videbitur, eum invicem certâ pecuniâ alteri condemnare*. Si nous avons ici le caractère de l'action *in rem*, c'est parce qu'une adjudication est possible. Remarquez, du reste, que l'adjudication a lieu *ex bono et æquo*, tout comme dans l'action *in rem* il est permis au juge d'apprécier *ex bono et æquo* la satisfaction à laquelle a droit le demandeur (4).

(1) Au contraire, Ulpien s'exprime avec une exactitude parfaite lorsqu'il dit, à propos des actions qui peuvent être données en matière de servitude : *Si quidem is obtinuerit qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi : sive rectè pronunciatum est, quia habet; sive perperàm, quia per sententiam non debèt servitus constitui, sed quæ est declarari*..... L. 8 § 4, D., *Si serv. vindic.* (8, 5).

(2) L. 16 § 5, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1). J'aurai occasion de revenir sur ce texte.

(3) Voy. aussi, du même jurisconsulte Marcien, la L. 12 pr., D., *Qui potiores* (20, 4).

(4) Comp. Inst., § 31 *in fine De action.*

ACTIONS DONNÉES AU SIMPLE, AU DOUBLE, AU TRIPLE, AU QUADRUPLE.

Omnes actiones, dit Justinien, *vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum; ulteriùs autem nulla actio extenditur* (1). — Tout d'abord on se demande quel est ici le *simplum*, quelle est l'unité. L'unité, c'est la valeur indiquée dans l'*intentio* de la formule. Tantôt le juge n'a pas à rechercher quelle est cette valeur, parce que le chiffre même figure dans l'*intentio : Si paret decem dare oportere*. D'autres fois le juge a une évaluation à faire : *Quidquid ob eam rem dare facere oportet*. Dans les deux cas, que l'*intentio* contienne un chiffre, ou que ce soit au juge à le trouver, nous dirons que l'action est au simple si le montant de la condamnation ne doit pas dépasser la valeur indiquée dans l'*intentio ;* et nous dirons que l'action est donnée au double, au triple ou au quadruple, si le défendeur peut être condamné à une somme double, triple ou quadruple de cette valeur. En un mot, sous l'empire du système formulaire, il suffit de comparer dans la formule la *condemnatio* et l'*intentio* pour reconnaître immédiatement si l'action est donnée au simple ou si au contraire elle est donnée au double, au triple, au quadruple.

Quelles actions sont données au simple? Celle qui résulte du *mutuum*, celle qui résulte de la stipulation, celles qui résultent de la vente, du louage, du mandat, etc. (2). On peut dire d'une manière générale que toute action *rei persecutoria* est nécessairement une action donnée au simple. Et il faut bien remarquer que l'action *ex stipulatu duplæ* elle-même est réellement donnée au simple. L'acheteur stipule le double du prix pour le cas où il serait évincé; l'éviction a lieu : on exprime dans l'*intentio* le montant de la somme promise, et, comme cette somme reparaît sans aucune

(1) Inst., § 21 *De action.*

(2) Inst., § 22 *De action.*

augmentation dans la *condemnatio*, c'est bien évidemment qu'il s'agit d'une action donnée au simple.

Quelles actions sont données au double? Justinien (1) en indique cinq, savoir : l'action *furti nec manifesti;* — l'action de la loi Aquilia; — l'action de dépôt, *ex quibusdam casibus,* c'est-à-dire en cas de dépôt nécessaire (2); — l'action *servi corrupti,* donnée contre l'individu par les conseils ou exhortations de qui mon esclave s'est enfui, est devenu désobéissant ou débauché, action dans laquelle il y aurait encore à tenir compte des objets emportés par l'esclave lors de sa fuite (3); — enfin l'action en paiement des legs faits aux lieux vénérables (4).

Du reste, les cinq actions dont il s'agit ne sont pas traitées absolument de la même manière. L'action *furti nec manifesti* et l'action *servi corrupti* entraînent toujours condamnation au double, *omnimodo dupli sunt.* Au contraire, l'action de la loi Aquilia et l'action de dépôt nécessaire sont données au simple lorsque l'existence du *damnum injuriâ datum* ou du dépôt n'est pas niée et qu'il y a seulement difficulté sur le chiffre : *inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur* (5). — Quant à l'action qui résulte d'un legs ou d'un fidéicommis fait au profit d'un lieu vénérable, pour qu'elle soit donnée au double il n'est pas nécessaire qu'il y ait *inficiatio*, que le débiteur conteste l'existence de la disposition; il suffit qu'il se refuse à payer et qu'en conséquence il y ait lieu de l'assigner *jussu magistratuum.* Mais, du moment que le débiteur se reconnaît tel, qu'il faut seulement fixer le chiffre de la disposition mise à sa charge, l'action est donnée au simple (6).

Quelles actions sont données au triple? Dans l'ancien droit, il y avait l'action *furti concepti* et l'action *furti oblati* (7). Dans le droit

(1) Inst., § 23 *De action.*

(2) Comp. le § 17 *in fine* de notre Titre *De action.*

(3) Voy., au Digeste, le Titre *De servo corrupto* (11, 3). Comp., ci-dessus, p. 381.

(4) Voy. le § 19 *in fine De action.*, et, ci-dessus, p. 556.

(5) Inst., § 26 (1er alinéa) *De action.* — Sur les actions qui sont données au double *adversùs inficiantem,* comp. Gaius, IV, § 9, et les *Sentences de Paul,* I, XIX, § 1.

(6) Inst., § 26 (2e alinéa) *De action.*

(7) Voy., ci-dessus, p. 387 et 388.

de Justinien, lorsqu'un demandeur réclame dans le *libellus conventionis* plus qu'il ne lui est dû (1), de telle sorte que les *viatores* puissent toucher un salaire plus élevé, le défendeur qui en souffre peut, au moyen d'une *condictio ex lege*, se faire payer le triple de ce qu'il a ainsi déboursé mal à propos (2).

Enfin quelles actions sont données au quadruple? Justinien en indique quatre, savoir : l'action *furti manifesti ;* — l'action *quod metûs causâ ;* — l'action *de eâ pecuniâ quæ in hoc data sit ut is cui datur calumniæ causâ negotium alicui faceret vel non faceret ;* — enfin la *condictio ex lege* par laquelle les *executores litium*, qui exigent des parties plus que ne permet le tarif, sont condamnés *in quadruplum* (3).

De ces quatre actions, la première nous est déjà connue ; la seconde sera expliquée à propos des actions arbitraires (4) ; la quatrième n'a besoin d'aucune explication particulière. Nous nous arrêterons seulement un instant sur la troisième. Un homme qui m'en veut donne de l'argent à Titius pour que Titius intente contre moi un procès *calumniæ causâ*, un procès qui n'est qu'une chicane ; ou bien Titius, *calumniæ causâ*, me menace de me faire un procès, et je lui donne de l'argent pour qu'il ne me le fasse pas : dans les deux cas, je puis actionner Titius et le faire condamner au quadruple de la somme qu'il a ainsi reçue. Voici la disposition même que contenait l'Edit du Préteur sur ce point : *In eum qui ut calumniæ causâ negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intrà annum in quadruplum ejus pecuniæ quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit* (5). Ulpien cite une hypothèse assez curieuse dans laquelle le même individu est tenu deux fois envers moi de l'action *in quadruplum*, à raison du procès qu'il menaçait de me faire : *Illud erit notandum quòd qui dedit pecuniam ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem : turpiter enim fecit ; sed ei dabitur petitio propter quem datum est, ut*

(1) *Majorem veræ æstimationis quantitatem*, disent les Institutes : c'est une traduction un peu trop littérale du grec.

(2) Inst., § 24 *De action.*

(3) Inst., § 25 *De action.*

(4) Sur le § 31, Inst., *De action.*

(5) L. 1 pr., D., *De calumniator.* (3, 6).

calumnia ei fiat. Quare, si quis et a te pecuniam accipit ut mihi negotium faceret et a me ne mihi faceret, duobus judiciis mihi tenebitur (1).

ACTIONS DE DROIT STRICT, ACTIONS DE BONNE FOI, ACTIONS ARBITRAIRES.

Une action peut être portée devant un *judex* ou devant un *arbiter* (2). Celle qui est portée devant un *judex* s'appelle proprement *judicium*, et celle qui est portée devant un *arbiter* s'appelle *arbitrium*. Le *judicium* et l'*arbitrium* sont effectivement distingués par Cicéron. *Aliud est judicium, aliud arbitrium,* dit Cicéron. *Judicium est pecuniæ certæ; arbitrium, incertæ... Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex:* SI PARET DARI OPORTERE... *Quid est in arbitrio? mitè, moderatum:* QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI (3). — D'après cela, le mot *judicium* serait synonyme de *condictio certæ pecuniæ*, et le mot *arbitrium* serait synonyme d'*actio bonæ fidei*. Mais la synonymie n'est point parfaite : je crois bien que toute action est un *judicium* ou un *arbitrium*, tandis que très-certainement il existe un grand nombre d'actions qui ne sont ni des *condictiones certæ pecuniæ* ni des actions de bonne foi (4).

On dit, aux Institutes : « Parmi les actions, il y en a qui sont de bonne foi, il y en a qui sont de droit strict » (5). Cette distinction ne s'applique point à toutes les actions : elle s'applique seulement là où l'action est civile et *in personam* (6). Elle est sans doute à peu

(1) L. 3 § 3 *eod. Tit.*
(2) Inst., § 1 *De action.*
(3) *Pro Roscio comœdo*, 4.
(4) Le mot *judicium* n'est pas toujours opposé au mot *arbitrium*. La plupart du temps, il est employé dans un sens très-large, pour désigner toute espèce d'action.
(5) § 28 (1re phrase) *De action.*
(6) Peut-être faut-il, de plus, qu'elle soit née *ex contractu* ou *quasi ex contractu*. Pourtant je crois que l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia, qui ne sont pas des *condictiones*, sont des actions *stricti juris*.

près aussi ancienne que la procédure formulaire. Cicéron parle des actions dans la formule desquelles se trouvent les mots *ex fide bonâ, ut inter bonos benè agier, quid æquius melius ;* et il laisse entendre que dans ces actions le devoir du juge est de régler le différend d'après l'équité, en réprimant toujours le dol et la mauvaise foi (1).

Nous allons rechercher successivement : 1° en quoi les actions de bonne foi diffèrent des actions de droit strict, ou, en d'autres termes, quel intérêt pratique il peut y avoir à distinguer ces deux classes d'actions ; 2° quelles actions appartiennent à la classe des actions *stricti juris,* quelles à la classe des actions *bonæ fidei.* Nous parlerons ensuite des actions arbitraires.

INTÉRÊT DE LA DISTINCTION DES ACTIONS DE DROIT STRICT ET DES ACTIONS DE BONNE FOI.

L'intérêt de la distinction se présente principalement, aux huit points de vue qui vont être indiqués. Du reste, l'idée générale en cette matière est ainsi exprimée par Justinien, probablement après Gaius : *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat* (2). En conséquence :

1° Le juge d'une action de bonne foi fera payer des intérêts au défendeur toutes les fois que cela paraîtra équitable. Ainsi, le *negotiorum gestor,* tenu d'une dette échue envers le *dominus, a semetipso exigere debuit ;* et, si sa dette ne portait pas d'intérêts, elle va commencer à en porter : *etsi fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium.* Ce que Paul justifie par ce motif général : *quia tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio* (3). Les intérêts courront notamment en vertu d'une clause formelle insérée dans le contrat ; ils courront du jour où le débiteur serait

(1) *Topiques,* n° 17 *in fine.*
(2) Inst., § 30 (1re phrase) *De action.*
(3) L. 6 § 12 *in fine* et L. 7, D., *De neg. gest.* (3, 5).

en demeure de payer. C'est ce que dit Papinien, au sujet du dépôt irrégulier (1) : *Contrà bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis antè moram qui beneficium in suscipiendâ pecuniâ dedit; si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractûs servabitur* (2). De même, lorsqu'un associé emploie son propre argent aux affaires sociales, il a droit aux intérêts du jour de l'emploi, quoiqu'il n'y ait eu aucune convention expresse sur ce point (3). De même encore, si le vendeur a livré la chose vendue, l'acheteur, bien qu'il ait un terme pour le paiement de son prix, n'en doit pas moins les intérêts du jour de la livraison : ainsi que le dit Ulpien, *cùm re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere* (4).

2° La partie qui conclut un contrat de bonne foi n'a pas besoin d'ajouter la *clausula doli* ou *cautio de dolo,* de stipuler que l'autre partie ne commettra aucun dol ; et, s'il y a dol, la réparation en sera poursuivie, non par l'action *de dolo,* mais par l'action même du contrat. Nous avons sur ce point un texte très-curieux du jurisconsulte Ulpien : « Suivant Labéon, dit Ulpien, l'action *de dolo* « doit être donnée, non-seulement quand il n'existe pas une autre « action, mais encore quand il est douteux qu'il en existe une. « Et voici l'espèce qu'il suppose : Un homme qui me devait un « esclave, soit en vertu d'une vente, soit en vertu d'une stipula- « tion, lui donne du poison avant de me le livrer; ou bien, me « devant un fonds, avant de me le livrer, il le grève d'une servitude, « il démolit les constructions, il coupe ou il arrache les arbres. « Suivant Labéon, que cet homme ait fourni la *cautio de dolo* ou « qu'il ne l'ait pas fournie, c'est l'action *de dolo* qui devra être « donnée contre lui : en effet, eût-il fourni la *cautio,* il est dou- « teux que l'action *ex stipulatu* existe (5). Mais il est plus vrai de

(1) Voy. ci-dessus, p. 169 et 170.

(2) L. 24 *in fine*, D., *Depositi* (16, 3). Voy. aussi Marcien, L. 32 § 2, D., *De usur.* (22, 1).

(3) Paul, L. 67 § 2, D., *Pro socio* (17, 2).

(4) L. 13 § 20, D., *De action. empti* (19, 1).

(5) Pourquoi est-ce douteux? Parce que la *cautio* se réfère au dol présent et au dol futur; or, dans l'espèce, la *cautio* étant fournie au moment de la tradition, on peut dire que l'acte de dol commis par le débiteur est un *dolus præteritus*.

« dire que, si la *cautio* a été fournie, l'action *de dolo* ne sera pas « donnée, parce qu'il y a lieu à l'action *ex stipulatu ;* et que, si la « *cautio* n'a pas été fournie, en cas de vente l'action *de dolo* n'est « pas donnée, parce qu'il y a lieu à l'action *empti*, tandis qu'en « cas de stipulation l'action *de dolo* est nécessaire » (1). — De même que l'action résultant du contrat de bonne foi suffit à garantir le créancier contre le dol de son adversaire, de même réciproquement, comme nous le verrons plus tard en détail, le défendeur est garanti par la nature même de l'action contre le dol de son adversaire, et il n'a pas besoin de faire insérer dans la formule l'*exceptio doli mali*.

3° Nous savons déjà que le débiteur tenu d'une action de bonne foi répond même de la faute *in omittendo*, tandis qu'en principe le débiteur tenu d'une action *stricti juris* répond seulement de la faute *in committendo* (2).

4° Nous savons également que l'effet du pacte ajouté à un contrat, soit *in continenti*, soit *ex intervallo*, peut être différent, suivant qu'il s'agit d'un contrat de bonne foi ou d'un contrat de droit strict (3).

5° Dans un contrat de bonne foi, on supplée facilement des clauses qui au contraire auraient besoin d'être formellement insérées dans un contrat de droit strict : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (4).

6° Une personne peut agir en vertu d'un contrat de bonne foi dans des cas où en contractant elle n'avait aucun intérêt pécuniaire, dans des cas où son action ne se justifie que par l'affection naturelle qu'elle porte à un tiers, à un proche parent, etc. (5).

7° Il sera souvent du devoir du juge, dans une action de bonne foi, de prendre des mesures en vue de l'avenir, tandis que nous ne voyons rien de semblable dans les actions de droit strict. Ainsi, par exemple, une société est dissoute; l'un des associés s'est engagé personnellement envers un tiers dans l'intérêt de la société, et sa

(1) L. 7 § 3, D., *De dolo malo* (4, 3).
(2) Ci-dessus, p. 441 et 442.
(3) Ci-dessus, p. 346 et suiv.
(4) L. 31 § 20, D., *De ædil. Ed.* (21, 1).
(5) L. 54 pr., D., *Mandati* (17, 1); ci-dessus, p. 335 et 336.

dette n'est pas encore échue : le juge de l'action *pro socio* doit prendre des mesures pour lui assurer un recours efficace après qu'il aura payé. De même, en sens inverse, l'un des associés a prêté en son propre nom à un tiers des sommes appartenant à la société, et le terme n'est pas encore échu quand la société se dissout et se liquide : le juge de l'action *pro socio* assurera dès à présent la reddition efficace du compte que devra l'associé prêteur. *Pro socio arbiter*, dit le jurisconsulte Paul, *prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex eâ societate. Quod Sabinus in omnibus bonæ fidei judiciis existimavit : sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ; sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi* (1).

8° Dans l'ancien droit, il y avait pour les actions de bonne foi une règle particulière en ce qui concerne la compensation. Après avoir dit que dans les actions de bonne foi le juge a un pouvoir très-large pour apprécier *ex bono et æquo* ce qui revient au demandeur, Justinien ajoute : *In quo et illud continetur ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari* (2). Mais la matière de la compensation sera expliquée un peu plus loin, au moment où nous traiterons des cas dans lesquels il est possible que le demandeur n'obtienne pas une condamnation égale au montant de son droit (3).

QUELLES ACTIONS SONT DE DROIT STRICT ? QUELLES ACTIONS SONT DE BONNE FOI?

Justinien parle tantôt d'*actiones stricti juris* (4), tantôt de *stricta judicia* (5). Les deux expressions sont évidemment synonymes. Si nous mettons de côté l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia, que, contrairement à la doctrine de M. de Savigny, je suis bien

(1) L. 38 pr., D., *Pro socio* (17, 2). Voy. aussi Papinien, L. 41, D., *De judiciis* (5, 1).
(2) Inst., § 30 (2e phrase) *De action.*
(3) Inst., §§ 36 et suiv. *De action.*
(4) Inst., § 28 (1re phrase) *De action.*
(5) Inst., § 30 (3e phrase) *De action.*

tenté de considérer comme comprises dans la dénomination d'*actiones stricti juris*, toute action de droit strict est une *condictio*. Voyons donc dans quels cas il y a *condictio*.

Le principe est que la *condictio* se rattache toujours à l'un des trois actes suivants : *datio*, *expensilatio*, contrat verbal. Cela, du moins, paraît bien résulter de deux passages du discours de Cicéron *pro Roscio comœdo*. Voici, en effet, ce que dit Cicéron, parlant de l'adversaire Fannius : *Cœteri, cùm ad judicem causam labefacturi animadvertunt, ad arbitrum confugiunt; hic ab arbitro ad judicem venire est ausus !... Jàm duæ partes causæ sunt confectæ : annumerâsse sese negat; expensum tulisse non dicit, cùm tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat : prœtereà enim, quemadmodùm certam pecuniam petere possit, non reperio* (n° 4). Et de même un peu plus loin (n° 5) : *Pecunia petita est certa; cum tertiâ parte sponsio facta est. Hæc pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur; expensam latam non esse codices Fannii confirmant; stipulatam non esse taciturnitas testium concedit...*

Nous n'avons rien à dire ici sur l'*expensilatio* ni sur la stipulation. Quant à la *datio*, cela comprend d'abord le *mutuum* et l'*indebiti solutio*. Cela comprend également tous les cas dans lesquels il y a lieu à une *condictio sine causâ* (1). Par exemple, un homme qui possède ma chose la vend et en touche le prix : la chose périt, de sorte que je ne puis plus la revendiquer : j'aurai la *condictio sine causâ* contre celui qui l'a vendue, pour qu'il me tienne compte du prix par lui touché (2). La *datio* comprend encore le cas où je vous donne ma chose pour que vous me donniez la vôtre : aussi, faute d'obtenir votre chose, pourrai-je exercer contre vous la *condictio ob rem dati re non secutâ* ou *causâ datâ causâ non secutâ*. Même au cas de *furtum*, comme nous l'avons vu, la possibilité pour le propriétaire de la chose volée d'employer une *condictio* s'explique parce qu'il est censé dire au voleur : « Admettons que, comme vous le vouliez, vous êtes devenu propriétaire » (3). Dans

(1) La *condictio indebiti* n'est qu'une espèce particulière de *condictio sine causâ*.

(2) Africain, L. 23, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(3) Ci-dessus, p. 518 et 519.

tous ces cas, on peut dire, avec M. de Savigny, que la *condictio*, pour celui à qui elle appartient, remplace la revendication (1).

Le legs *per damnationem* produit aussi une *condictio*. Cela s'explique parce qu'originairement on employait le *nexum*, comme Gaius paraît encore l'indiquer (2) : il y avait donc une *datio* fictive.

Quant à la *condictio ex lege*, dont nous avons trouvé différentes applications, soit dans l'ancien droit, soit dans le droit de Justinien, il faut reconnaître qu'elle est en dehors du principe : de la part de celui à qui elle appartient il n'y a, en général, ni *datio* ni *expensilatio* ni stipulation (3). — Faut-il voir dans l'action de la loi Aquilia une *condictio ex lege?* On serait tenté de le croire, d'après un texte unique, où Ulpien, parlant de la *condictio certi*, s'exprime ainsi : *competit hæc actio etiam ex legati causâ, et ex lege Aquiliâ* (4). Cependant cela est impossible, car l'*intentio* de la formule n'est point rédigée de la même manière quand il s'agit de la *condictio* et quand il s'agit de l'action de la loi Aquilia (5). Peut-être faut-il entendre le texte d'Ulpien du cas où un individu, tout en détruisant *injuriâ* la chose qui m'appartient, se trouve enrichi à mes dépens par suite de cette destruction, comme par exemple si mon débiteur, dont la dette était constatée par une reconnaissance écrite sur un parchemin, a lacéré ou brûlé ce parchemin.

— Du temps des grands jurisconsultes, en se plaçant au point de vue de l'objet de l'action, on distingue trois sortes de *condictiones*, savoir : la *condictio de certâ pecuniâ*, qui a lieu, par exemple, au profit de celui qui prête une somme d'argent; la *condictio de aliâ certâ re*, que l'on donne, par exemple, à celui qui stipule le fonds Cornélien ou cent amphores du meilleur vin de Campanie; enfin la *condictio incerti*, qui résulte, par exemple,

(1) *System*, t. V, appendice XIV, notamment n° 5.

(2) Comment. III, §§ 173-175. Ci-dessus, p. 435.

(3) Voy., au Digeste, la L. un. *De condict. ex lege* (13, 2). Comp. notre t. I, p. 570 et 572, et ci-dessus, p. 565.

(4) L. 9 § 1, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(5) Voy., ci-dessus, p. 550. — Je suis disposé à croire, avec M. de Savigny (*System*, t. V, append. XIV, n° 20), que pour l'action de la loi Aquilia l'*intentio* devait être ainsi conçue : *Si paret Numerium Negidium ob eam rem Aulo Agerio damnum decidere oportere.*

d'une stipulation ayant pour objet un certain fait. Les deux premières espèces sont les plus anciennes; elles se ressemblent en ce que la plus-pétition est possible dans l'une et dans l'autre. Les deux dernières sont comprises sous la dénomination commune de *condictio triticaria* (1).

Quant aux actions de bonne foi, ce sont, d'après les Institutes, les actions qui dérivent de la vente, du louage, de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du gage, l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*, l'action *præscriptis verbis* en cas de contrat estimatoire et d'échange (2), l'action *rei uxoriæ* dans l'ancien droit et l'action *ex stipulatu* qui l'a remplacée dans le droit de Justinien (3). Les Institutes rangent également la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi (4). — Le contrat de fiducie n'existe plus dans le droit de Justinien; il produisait une action directe et une action contraire, toutes deux *bonæ fidei* (5).

Nous allons nous occuper spécialement de l'action *præscriptis verbis*, de la pétition d'hérédité et de l'action *de dote*.

De l'action præscriptis verbis.

Les rédacteurs des Institutes mentionnent deux cas où s'applique l'action *præscriptis verbis*, savoir : le contrat estimatoire (*de æstimato proponitur*), et l'échange (*ex permutatione competit*). Nous avons déjà parlé de l'échange (6); mais nous devons ici dire quelques mots du contrat estimatoire.

Je remets à Titius un certain objet, qu'il estime; il est convenu entre nous qu'il le vendra, et que, quel que soit le prix qu'il en retire, il me devra le montant de l'estimation par lui faite. *Fuit ma-*

(1) Voy. Ulpien, L. 1 pr., D., *De condict. tritic.* (13, 3).
(2) Inst., § 28 (1er alinéa) *De action.*
(3) Inst., § 29 *De action.*
(4) Inst., § 28 *in fine De action.*
(5) Cicéron, *De officiis*, III, n° 15; Gaius, IV, § 62.
(6) Ci-dessus, p. 301 et suiv., et p. 457.

gis dubitatum, dit Ulpien, *cùm res æstimata vendenda datur, utrùm ex vendito sit actio, propter æstimationem; an ex locato, quasi rem vendendam locâsse videor; an ex conducto, quasi operas conduxissem; an mandati. Melius visum est hanc actionem (de æstimato) proponi. Quotiens enim de nomine contractûs alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bonâ fide* (1). Ulpien, dans un autre texte, donne la même décision (*placet in factum esse actionem*), en ajoutant qu'il n'y a pas mandat, *quia mandata gratuita esse debent*, et qu'il n'y a pas société là où je me suis réservé une somme déterminée (2). Mais ici n'allons-nous pas prendre Ulpien en contradiction avec lui-même? En effet, il dit ailleurs : *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem; si pluris, quod excedit tu haberes: mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit, pro socio esse actionem; si minùs, præscriptis verbis* (3). Voici quelle me paraît être la pensée du jurisconsulte : « Pour qu'il y ait société entre deux personnes, il faut qu'il y ait un apport de la part de l'une et de l'autre; il faut, de plus, qu'elles veuillent se mettre en société. On peut considérer comme faisant un apport suffisant le marchand qui, pour vendre convenablement une certaine chose, utilisera sa position, la circonstance qu'il est connu d'un grand nombre de personnes, etc. Maintenant, présumerons-nous la volonté des parties de se mettre en société, là où l'une d'elles se réserve une somme fixe quel que puisse être le prix de la vente? Non, cela ne se présente pas habituellement dans le contrat de société : dans le doute, nous dirons donc qu'il y a lieu à une action *præscriptis verbis* et non pas à l'action *pro socio*. Mais, si les parties avaient manifesté clairement la volonté de faire un contrat de société, il n'y aurait aucune raison pour ne pas se conformer à leur intention. » L'intérêt de la question peut se présenter notamment en ce qui concerne la manière d'apprécier les fautes, l'associé répondant de la faute *in concreto*.

(1) L. 1 pr., D., *De æstimatoriâ* (19, 3).
(2) L. 13 pr., D., *De præscr. verb.* (19, 5).
(3) L. 44, D., *Pro socio* (17, 2).

L'action *præscriptis verbis* est certainement donnée dans des cas autres que les deux cas mentionnés aux Institutes (1). Est-ce que dans ces autres cas elle n'est plus une action de bonne foi? Je crois que les rédacteurs des Institutes ont cité deux cas d'une application fréquente, deux cas qui sans doute étaient spécialement indiqués par d'anciens jurisconsultes, mais qu'il ne faut rien y voir de limitatif. J'en trouve notamment la preuve dans un texte d'Ulpien où il ne s'agit ni d'échange ni de contrat estimatoire et où le jurisconsulte dit : « Si l'affaire est dans l'intérêt du débiteur seul ou dans l'intérêt des deux parties, le débiteur est tenu du dol et de la faute ; si elle est seulement dans l'intérêt du créancier, le débiteur n'est tenu que du dol, *quia propè depositum hoc accedit* » (2). Or, cette théorie des fautes, nous le savons, s'applique uniquement là où existe une action de bonne foi. — On oppose, il est vrai, un texte de Julien, qui, d'après la Florentine, serait ainsi conçu : *Cùm quid precariò rogatum est, non solùm interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est præscriptis verbis* (3). Il résulterait de ce texte que l'action *præscriptis verbis* dont est tenu celui qui a reçu une chose à précaire est une *condictio*, que par conséquent elle n'est pas une action de bonne foi. Mais Ulpien, qui sans doute avait sous les yeux le passage même de Julien, paraît bien dire le contraire : *Cùm quid precariò rogatum est*, dit-il, *non solùm interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bonâ fide oritur* (4). Et Paul compare à l'action *commodati* l'action du concédant à précaire : *Et civilis actio hujus rei, sicut commodati, competit* (5). Je crois donc qu'une faute s'est glissée dans la leçon du texte de Julien que donne le manuscrit de Florence, et qu'il faut, avec plusieurs autres manuscrits, lire ainsi la fin du texte : *incerti actione, id est præscriptis verbis* (6).

(1) Voy. notamment Paul, L. 5, D., *De præscr. verb.* (19, 5).
(2) L. 17 § 2 *in fine*, D., *De præscr. verb.*
(3) L. 19 § 2, D., *De precario* (43, 26).
(4) L. 2 § 2 *in fine eod. Tit.*
(5) *Sentences*, V, VI, § 10.
(6) Comp. M. de Savigny. *System*, t. V, § 217, note *o* ; et append. XIV, n° 26. — M. Vernet regarde, au contraire, comme ayant été ajoutés au texte de Julien, par quelque glossateur, les quatre mots *id est præscriptis verbis*. Voy. *Textes choisis*, p. 75.

— L'action *præscriptis verbis* est également désignée dans un assez grand nombre de textes, sous le nom d'action *civilis in factum*. Les deux dénominations s'expliquent par la manière dont est rédigée la *demonstratio* de la formule. Quand il s'agit, par exemple, d'une action *venditi* ou *depositi*, la *demonstratio* mentionne le contrat qui donne lieu au procès : ce contrat a un nom propre qu'il suffit d'employer. Ici au contraire il faut entrer dans le détail des différents faits qui se sont produits, raconter, je suppose, qu'Aulus Agerius a donné son cheval à Numerius Negidius en convenant que celui-ci lui donnerait son esclave, mais que Numerius Negidius est en demeure de donner son esclave. Aussi l'empereur Alexandre dit-il, en parlant de notre action : *utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat* (1). C'est en se plaçant au même point de vue qu'on dit que l'action est *in factum* : au lieu de nommer un certain *negotium*, vente, dépôt, etc., la *demonstratio* relate des faits qui se sont passés. Mais cela n'empêche pas l'action d'être une action *civilis* ou *in jus* : l'*intentio*, comme dans toutes les actions de bonne foi, pose au juge une question de droit à résoudre. Nous en avons la preuve dans ce fragment de Neratius : *Insulam hoc modo, ut aliam reficeres, vendidi. Respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum* (2). Nous en avons également la preuve dans ce passage d'Ulpien : *Puto rectè Julianum a Mauriciano reprehensum, in hoc : Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas ; manumisisti, evictus est Stichus : Julianus scribit in factum actionem a Prætore dandam ; ille ait civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis sufficere* (3). On voit que l'action *civilis incerti* ou *præscriptis verbis* est précisément opposée à l'action *in factum*.

(1) L. 6 *in fine*, C., *De transact.* (2, 4).

(2) L. 6, D., *De præscr. verb.* — Le mot *incerti*, dans ce texte, fait probablement allusion à l'absence d'un *proprium nomen contractûs ;* du reste, sans aucun doute l'*intentio* est *incerta*. Ulpien (L. 9 pr., D., *De reb. cred.*) parle de *contractus incertus*.

(3) L. 7 § 2, D., *De pactis* (2, 14). — Comp. L. 5 § 2 *in fine*, D., *De præscr. verb.* Il est évident que, dans ce dernier texte, on a maladroitement ajouté le mot *civilem*.

De la pétition d'hérédité.

Les jurisconsultes romains n'ont jamais eu l'idée de ranger la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi. En effet les actions *in personam* sont les seules qui puissent être *bonæ fidei ;* et la pétition d'hérédité est certainement une action *in rem*. Comme le dit Ulpien, *petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales* (1). De même, Paul : *Cùm in hereditatis petitione, quæ et ipsa in rem est, dolus præteritus fertur, non est absurdum, per consequentias, et in speciali in rem actione dolum præteritum deduci* (2). — Du reste, quant à la forme, il paraît que la *petitoria formula* a été admise ici plus tard que pour la revendication proprement dite : car Cicéron, qui parle de cette *petitoria formula* en matière de propriété (3), n'indique comme possibles en matière d'hérédité que la *legis actio* et la procédure *per sponsionem* (4).

La revendication, nous le savons, peut être intentée contre un possesseur quelconque, même contre celui qui est simplement *in possessione* (5). Au contraire, la pétition d'hérédité n'est régulièrement intentée que contre deux classes de possesseurs : *Regulariter definiendum est*, dit Ulpien, *eum demùm teneri petitione hereditatis, qui vel jus, pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam* (6). Reste à voir dans quel cas on possède *pro herede*, dans quel cas *pro possessore*. A cet égard, voici ce que répondent les jurisconsultes dont Justinien a sanctionné la doctrine :

PRO HEREDE *possidet qui putat se heredem esse. Sed an et is qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quæritur. Et Arrianus, lib. II De interdictis, putat teneri ; quo jure nos uti Proculus*

(1) L. 25 § 18, D., *De heredit. petit.* (5, 3).
(2) L. 27 § 3, D., *De rei vindic.* (6, 1).
(3) *Seconde action contre Verrès*, livre II, n° 12.
(4) Comp., ci-dessus, p. 487.
(5) Voy., ci-dessus, p. 488 et 489.
(6) L. 9, D., *De heredit. petit.*

scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere (1).

PRO POSSESSORE *verò possidet prædo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit* QUIA POSSIDEO, *nec contendet se heredem, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere : et ideò fur et raptor petitione hereditatis tenentur...* (2).

La différence qui vient d'être indiquée entre la revendication et la pétition d'hérédité amène naturellement un résultat que signalent très-bien les empereurs Arcadius et Honorius : *Cogi possessores ab eo qui expetit, titulum suæ possessionis dicere, incivile est, præter eum scilicet qui dicere cogitur utrùm pro possessore an pro herede possideat* (3).

Cette circonstance, que la pétition d'hérédité ne peut être exercée avec succès que contre certains possesseurs, explique, si nous en croyons plusieurs interprètes, la qualification de *mixta personalis* donnée à l'action dont il s'agit (4). Mais la pétition d'hérédité est *mixta personalis* à un autre point de vue : tout en étant une action *in rem*, elle joue le rôle d'une action personnelle, et même dans plusieurs circonstances distinctes. D'abord, comme le dit Ulpien, *habet præstationes quasdam personales, utputa eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* (5). Ainsi, celui qui possédait l'hérédité, qui passait pour héritier, a touché des sommes dues au défunt : il doit les rendre au véritable héritier. Ou bien ce possesseur a vendu des choses héréditaires, et il en a touché le prix : il est également débiteur de ce prix envers le véritable héritier. C'est par la pétition d'hérédité qu'il pourra être contraint de faire la double restitution dont il s'agit. Il y a plus : la pétition d'hérédité peut même être employée contre des débiteurs du défunt, pour les forcer à payer. *Hereditas*

(1) L. 11 pr., D., *De heredit. petit.*

(2) L. 11 § 1, L. 12 et L. 13 pr., *eod. Tit.*

(3) L. 11, C., *De petit. heredit.* (3, 31).

(4) *Hereditatis petitionem, quæ adversùs pro herede vel pro possessore possidentem exerceri potest, præscriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cùm mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat.* Dioclétien et Maximien, L. 7 *eod. Tit.*

(5) L. 25 § 18, D., *De heredit. petit.*

peti potest, dit encore Ulpien, *a debitore hereditario, quasi a juris possessore: nàm et à juris possessoribus posse hereditatem peti constat* (1). On suppose un homme qui reconnaît avoir été débiteur du défunt, mais qui se refuse à payer entre les mains de Titius parce qu'il prétend que Titius n'est pas l'héritier. Cela suffit-il pour que Titius puisse employer contre lui la pétition d'hérédité? Non : car la pétition d'hérédité ne peut pas être exercée avec succès contre un possesseur quelconque. Le petit texte d'Ulpien qui vient d'être cité doit donc être complété par un autre texte, emprunté au même jurisconsulte : *Si debitor hereditarius non ideò nolit solvere quòd se dicat heredem, sed ideò quòd neget aut dubitet an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione* (2). En somme, contre un débiteur héréditaire qui ne veut pas payer, l'héritier emploiera, suivant les cas, ou une action personnelle (la même qu'aurait pu employer le défunt), ou la pétition d'hérédité; pour qu'il puisse et doive employer cette dernière, il faut que le débiteur lui dise : « Ce n'est pas vous qui êtes l'héritier du créancier, c'est moi. »

— En raison des rapports multiples que peut avoir à examiner le juge de la pétition d'hérédité, certains jurisconsultes étaient d'avis que dans la formule de cette action l'exception *doli mali* n'a pas besoin d'être insérée, qu'elle doit toujours être considérée comme y étant sous-entendue. C'est là doctrine de Paul. Après avoir admis qu'il faut tenir compte des impenses même au possesseur de mauvaise foi, Paul ajoute : *Et id ipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur* (3). C'est également la doctrine de Javolenus: *Cùm is qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit, si legatum quocumque modo redditum non sit, judicis officio continetur ut victori, deducto eo quod accepit, restituatur hereditas* (4). Enfin c'est la doctrine de Scévola. Scévola suppose qu'une femme a institué son fils héritier pour le moment où il sera devenu *sui juris*; après la mort de la testatrice, le père de

(1) L. 13 § 15 *eod. Tit.*
(2) L. 42 *eod. Tit.*
(3) L. 38 *eod. Tit.* Comp. notre t. I, p. 472.
(4) L. 44 *eod. Tit.*

l'institué a pris possession de l'hérédité, et, au bout de quelque temps, il a émancipé son fils, qui alors a fait adition de l'hérédité maternelle ; le fils ayant été nommé sénateur avant son émancipation, le père avait fait des dépenses *in honorem ejus*. Les faits étant ainsi exposés, *quæsitum est,* dit Scévola, *cùm paratus sit pater restituere hereditatem habitâ ratione eorum quæ in eum erogavit, an filius nihilominùs perseverans petere hereditatem, doli mali exceptione submoveri possit. Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli* (1). — Au contraire Gaius et Papinien considéraient l'exception *doli mali* comme ne pouvant pas plus être sous-entendue dans la formule de la pétition d'hérédité que dans la formule de la revendication (2).

Qu'a fait Justinien ? Il ne s'est pas borné à consacrer la doctrine que professaient anciennement Paul, Javolenus et Scévola : d'une manière générale il a donné à la pétition d'hérédité le caractère des actions de bonne foi. *Quamvis usque adhùc*, dit-il, *incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen Constitutio apertè eam esse bonæ fidei disposuit* (3). Les jurisconsultes qui sous-entendaient dans la formule l'exception *doli mali* n'allaient certainement pas aussi loin. Ainsi tous probablement admettaient qu'il peut y avoir plus-pétition dans l'action qui nous occupe (4), et cependant la plus-pétition n'est jamais possible dans une action de bonne foi.

De l'action en restitution de la dot.

Nous plaçant d'abord au point de vue de l'ancien droit, nous avons à rechercher quand et à qui la dot doit être restituée.

La réponse sera différente suivant qu'il y aura eu ou qu'il n'y aura pas eu une convention formelle touchant la restitution de la dot. Examinons donc successivement les deux hypothèses.

I. Toute personne qui constitue une dot, que ce soit la femme

(1) L. 58 *eod. Tit.*
(2) L. 39 § 1 et L. 50 § 1 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 28 *in fine De action.*
(4) Voy. L. 1 § 5, D., *Si pars heredit. pet.* (5, 4).

elle-même ou que ce soit un tiers, peut valablement stipuler que la dot lui sera restituée dans telle ou telle circonstance.

Mais supposons que, lors de la constitution de dot, un simple pacte a été fait touchant la restitution. Ce pacte est efficace, à moins qu'il ne soit fait par le père de la femme et dans son intérêt à lui. Quelle est l'action qui peut résulter de ce pacte? Les textes admettent soit une *condictio*, soit une action *præscriptis verbis*. Voici d'abord ce que nous lisons dans une Constitution des empereurs Sévère et Antonin : *Legem quam dixisti cùm dotem pro alumnâ dares, servari oportet; nec obesse tibi debet quod dici solet*, EX PACTO ACTIONEM NON NASCI : *tunc enim hoc dicimus cùm pactum nudum est; alioquin, cùm pecunia datur et aliquid de reddendâ eâ convenit, utilis est condictio* (1). Voici, d'un autre côté, ce que porte une Constitution rendue, en 237, par l'empereur Maximin : *Avia tua eorum quæ pro filiâ tuâ in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres exstitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium : quippè matris pactum actionem præscriptis verbis constituit; patris, dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione simplici minimè creditur innovare* (2).

II. Maintenant supposons que la constitution de dot n'a été accompagnée d'aucune stipulation ni d'aucun pacte touchant la restitution. Ici deux cas doivent être distingués, savoir : le cas où le mariage se dissout par le divorce ou par la mort du mari, et le cas où le mariage se dissout par la mort de la femme.

1er *cas : divorce ou prédécès du mari.* — Si la femme est *sui juris*, le fût-elle devenue par émancipation depuis que la dot a été constituée, elle peut, au moyen de l'action *rei uxoriæ*, obtenir la restitution de cette dot. Si au contraire la femme est *filiafamiliâs*, nous trouvons ici une dérogation remarquable aux principes généraux sur la puissance paternelle : le père ne peut exercer l'action *rei*

(1) L. 1, C., *De pactis conv.* (5, 14).

(2) L. 6, C., *De jure dot.* (5, 12). Justinien parle également de l'action *præscriptis verbis* comme résultant du pacte ajouté à la constitution de dot : L. un. § 13, C., *De rei uxoriæ act.* (5, 13).

uxoriæ ni toucher les valeurs dotales qu'avec le concours de la fille qu'il a sous sa puissance, *adjunctâ filiæ personâ* (1). Cette dérogation s'explique parce que la dot, aux yeux des Romains, est surtout destinée à procurer à la femme un nouveau mariage. — Si après la dissolution du mariage la femme *sui juris* meurt sans avoir recouvré sa dot, l'action *rei uxoriæ* qui lui appartenait passe-t-elle à ses héritiers? Elle ne leur est transmise qu'autant que la femme avant de mourir a mis en demeure le mari divorcé ou l'héritier du mari : *post divortium defunctâ muliere*, dit Ulpien, *heredi ejus actio non aliter datur quàm si moram in dote mulieri reddendâ maritus fecerit* (2). Il paraît, du reste, que toute personne pouvait, au nom de la femme, mettre ainsi en demeure le mari ou son héritier (3).

2° *cas : prédécès de la femme.* — La femme venant à mourir *in matrimonio*, le principe est que la dot reste au mari survivant. Toutefois, s'il s'agit d'une dot profectice, c'est-à-dire constituée par le père ou par l'aïeul paternel de la femme, cet ascendant pourra se la faire rendre au moyen de l'action *rei uxoriæ : Mortuâ in matrimonio muliere*, dit Ulpien, *dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum ; quod si pater non sit, apud maritum remanet* (4). Pomponius explique comme il suit, d'une manière un peu brutale, ce droit accordé à l'ascendant paternel : *Jure succursum est patri, ut, filiâ amissâ, solatii loco cederet si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (5).

— Dans la formule de l'action *rei uxoriæ*, il n'y avait pas seulement *ex fide bonâ*, il y avait *æquius melius* (6). Le juge devait donner satisfaction à l'équité d'une manière plus scrupuleuse encore que dans une simple action de bonne foi. Ainsi, on ne vient pas au secours d'un vendeur qui par erreur est convenu d'un prix

(1) *Fragm. d'Ulpien*, VI, § 6. Comp. L. 22 §§ 4, 10 et 11, D., *Sol. matr.* (24, 3); L. 34 § 6, D., *De solut.* (46, 3), et L. 8 pr. *in fine*, D., *De procurat.* (3, 3).

(2) *Fragments*, VI, § 7.

(3) Paul, *Fragments du Vatican*, § 112.

(4) *Fragments*, VI, § 4.

(5) L. 6 pr., D., *De jure dot.* (23, 3).

(6) Voy. Cicéron, *De offic.*, III, 15; Topiques, 17.

un peu faible, ni au secours d'un acheteur qui par erreur est convenu d'un prix un peu élevé ; mais le juge y regardera de plus près quand il s'agira d'objets apportés en dot sur estimation. *Si in dote dandâ circumventus sit alteruter, etiam majori annis* XXV *succurrendum est, quia bono et æquo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum* (1).

— La femme peut avoir stipulé du mari la restitution de la dot : dans ce cas elle a l'action *ex stipulatu*. Voyons en quoi sa position diffère alors de ce qu'elle serait avec la simple action *rei uxoriæ :*

1° L'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi (2), et même, comme nous venons de le voir, mieux qu'une action de bonne foi. L'action *ex stipulatu* est une action *stricti juris*.

2° L'action *rei uxoriæ* n'appartient pas aux héritiers de la femme lorsque la femme meurt *in matrimonio*, ou lorsque la femme meurt après la dissolution du mariage sans que le mari ou son héritier ait été mis en demeure. Dans les deux cas, les héritiers de la femme pourraient exercer l'action *ex stipulatu*.

3° Le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, peut exercer certaines rétentions (3). Il ne jouit pas du même bénéfice quand il est soumis à l'action *ex stipulatu*.

4° Le mari, tenu de l'action *rei uxoriæ*, quand la dot consiste en quantités, en choses fongibles, peut en faire la restitution en trois termes, d'un an chacun : comme le dit Ulpien, *dos, si pondere, numero, mensurâ contineatur, annuâ bimâ trimâ die redditur, nisi ut præsens reddatur convenerit* (4). Là où existe l'action *ex stipulatu*, la dot de quantités, comme la dot de corps certains, doit être restituée immédiatement après la dissolution du mariage.

5° Le bénéfice de compétence, dont nous parlerons un peu plus loin (5), peut être invoqué par le mari dans le cas de l'action *rei uxoriæ*, non dans le cas de l'action *ex stipulatu*.

(1) Pomponius, L. 6 § 2, D., *De jure dot.*
(2) Inst., § 29 (1er alinéa) *De action.*
(3) *Fragm. d'Ulpien*, VI, §§ 9 et suiv.
(4) *Fragments*, VI, § 8 ; voy. aussi le § 13. Comp. notre t. I, p. 753.
(5) Sur le § 37 de notre Titre *De action.*

6° Si le mari, mourant *in matrimonio*, laissait une disposition de dernière volonté au profit de la femme, la femme devait opter entre l'exercice de l'action *rei uxoriæ* et le bénéfice de cette disposition dernière, elle ne pouvait pas cumuler les deux choses : telle était la règle posée dans l'Edit *de alterutro* (1). Rien de semblable lorsque la femme avait l'action *ex stipulatu*.

Des changements notables ont été apportés par Justinien aux règles de l'ancien droit qui viennent d'être indiquées. Ces changements, qui résultent d'une Constitution formant la L. un., C., *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusâ,* sont résumés comme il suit, aux Institutes : *Cùm, pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria antè habebat, cum multis divisionibus, in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, meritò, rei uxoriæ actione sublatâ, ex stipulatu, quæ pro eâ introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantùm in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit...* (2).

Ainsi, du moment qu'une dot est constituée pour une femme, la femme est censée en stipuler la restitution. Le mari, du reste, est traité de même, en ce sens que, par cela seul qu'il est convenu qu'une dot lui sera fournie, il a l'action *ex stipulatu* pour faire exécuter la convention.

De même que la stipulation est sous-entendue au profit de la femme, de même on sous-entend la *cautio de dolo* qui accompagnait habituellement la stipulation. Voilà comment Justinien peut dire que la nouvelle action *ex stipulatu* est une action de bonne foi comme l'ancienne action *rei uxoriæ*.

A l'ancienne action *rei uxoriæ* Justinien emprunte encore la possibilité pour le mari d'invoquer le bénéfice de compétence.

Le mari a-t-il un délai pour faire la restitution? Dans l'ancienne action *rei uxoriæ*, on avait admis une distinction parfaitement raisonnable. S'agit-il de corps certains, le mari doit les avoir gardés, il doit être prêt à les rendre : il n'a droit à aucun délai. S'agit-il, au contraire, de sommes, de quantités : le mari a pu en disposer,

(1) L. un. § 3, C., *De rei uxoriæ act.* (5, 13).
(2) § 29 *De action.*

souvent même il a dû le faire : il n'a donc pas sous la main ce qu'il doit restituer : il est équitable de lui accorder un délai. — Au lieu de cela, Justinien fait une distinction qui n'est point motivée : les immeubles doivent être restitués immédiatement, tandis que pour les meubles le mari a un délai d'un an (1).

A tous autres égards, on applique les principes de l'ancienne action *ex stipulatu*.

— Justinien, qui sous-entend une stipulation tant au profit du mari qu'au profit de la femme, sous-entend également *ex utroque latere* une convention d'hypothèque, pour assurer soit le paiement de la dot au mari, soit la restitution de la même dot à la femme (2). Un peu plus tard, par suite, suivant toute apparence, de certaines intrigues de palais, il fut décidé que l'hypothèque de la femme serait privilégiée, qu'ainsi la femme passerait sur les biens du mari avant tous autres créanciers, même avant ceux qui avaient déjà hypothèque lors du mariage (3). — D'après les Institutes, l'hypothèque n'est ainsi privilégiée qu'autant que la femme elle-même réclame sa dot (4). Il faut cependant ajouter que la même faveur est accordée aux enfants du premier lit en cas de nouveau mariage de leur père : *duabus enim dotibus*, dit Justinien, *ab eâdem substantiâ debitis, ex tempore prærogativam manere volumus.*

DES ACTIONS ARBITRAIRES.

En général, lorsque la prétention du demandeur est justifiée, il doit s'ensuivre une condamnation prononcée contre le défendeur. Cette condamnation, sous l'empire du système formulaire, était toujours d'une somme d'argent, tandis que sous l'empire des actions de la loi la condamnation pouvait avoir pour objet la chose même réclamée par le demandeur. *Omnium formularum quæ con-*

(1) L. un. § 7, C., *De rei uxoriæ act.*

(2) Même Constitution, § 1.

(3) L. 12, C., *Qui potiores* (8, 18). C'est la fameuse loi *Assiduis*. — Les rédacteurs du Code Napoléon ont pris la peine, dans l'art. 1572, de refuser expressément à la femme un pareil privilége.

(4) § 29 *in fine De action.*

demnationem habent, dit Gaius, *ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque, etsi corpus aliquod petamus..., judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimatâ re pecuniam eum condemnat* (1). — Dans le droit de Justinien, on en est revenu aux anciens principes, en ce sens que la condamnation n'a pas nécessairement pour objet une somme d'argent: *Curare debet judex ut omnimodo, quantùm possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incertâ quantitate apud eum actum est* (2).

Sous l'empire du système formulaire, on avait trouvé moyen, dans un certain nombre d'actions, d'échapper aux inconvénients pratiques de la règle d'après laquelle la condamnation ne pouvait être que pécuniaire: le juge, ayant reconnu le bien fondé de la demande, enjoignait au défendeur de fournir telle ou telle satisfaction au demandeur, et ce n'est qu'autant que le défendeur s'y refusait qu'une condamnation était prononcée contre lui. *Quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat,.... condemnari debeat* (3).

On peut conjecturer que le pouvoir spécial attribué au juge de l'action arbitraire résultait d'une clause insérée dans la formule, habituellement à la fin de l'*intentio* (4), quelquefois dans la *condemnatio*.

Remarquez que le mot *arbitria*, employé pour désigner une certaine classe d'actions, n'est point synonyme de l'expression *arbitrariæ actiones*. Ce mot *arbitria* s'applique non-seulement aux actions arbitraires, mais encore aux actions de bonne foi. — Du reste, si le juge de l'action arbitraire doit fixer *ex bono et æquo* la satisfaction à fournir au demandeur, cependant, en principe, il n'a pas mission de réprimer le dol comme le juge de l'action de bonne foi. Aussi ne voyons-nous pas que l'exception *doli mali* fût

(1) Comment. IV, § 48. Dans les §§ suivants, Gaius indique différentes manières dont peut être rédigée la partie de la formule qu'on appelle *condemnatio*.

(2) Inst., § 32 *De action*. Comp. Gaius, IV, § 52.

(3) Inst., § 31 *De action*.

(4) Voy. l'exemple donné par Cicéron, *Seconde action contre Verrès*, II, 12.

sous-entendue dans la formule de la revendication (1) comme elle était certainement sous-entendue dans la formule de toute action de bonne foi.

L'action arbitraire a son caractère propre, lequel est tout autre que le caractère propre de l'action de bonne foi. Mais ces deux caractères sont-ils exclusifs l'un de l'autre? Ne peuvent-ils jamais se trouver réunis dans une seule et même action? La question se présente notamment pour les actions qui tendent à une restitution, ainsi pour les actions directes de dépôt, de commodat et de gage. Ces actions sont certainement *bonæ fidei;* M. de Savigny estime que de plus elles sont arbitraires. Dans la formule *in jus* de l'action *depositi* que donne Gaius (2), on lit : *Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato* NR, ce qui veut dire très-probablement *nisi restituat*, surtout si nous comparons la L. 1 § 21, D., *Depositi* (16, 3). Il paraît bien y avoir là l'indication d'une action arbitraire (3). J'ajoute qu'un texte de Julien nous autorise également à dire que l'action *rei uxoriæ* était une action arbitraire (4).

— Quel est précisément le caractère de l'*arbitratus judicis*? Peut-il être exécuté par la force, malgré le défendeur? La question se présente sur un texte qui figure au Digeste sous le nom d'Ulpien et qui est ainsi conçu : *Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit....* (5). On se demande tout d'abord si cette décision est bien d'Ulpien, si le texte n'a pas été interpolé par Tribonien et par ses collègues. Je tiens pour certain, avec mon savant maître M. Pellat, qu'il n'y a ici aucune interpolation, et je n'en veux d'autre preuve que celle-ci : du temps de Justinien, l'*arbitratus judicis* se confond avec la condamnation, en ce sens que la condamnation peut avoir pour objet

(1) Sauf une petite difficulté à laquelle donne lieu la L. 48, D., *De rei vindic.* (6, 1). Voy. sur ce texte le commentaire de M. Pellat, p. 303 et 304.

(2) Comment. IV, § 47.

(3) Voy. M. de Savigny, *System*, t. V, § 216, note *t*.

(4) L. 7 § 1, D., *De fundo dotali* (23, 5). Comp. mon traité *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 255 et suiv.

(5) L. 68 *De rei vindic.* (6, 1),

la chose même réclamée par le demandeur : si le texte appartenait aux commissaires de Justinien, évidemment nous n'y trouverions pas cette distinction si tranchée du *jussus judicis* s'appliquant à la chose revendiquée et de la condamnation intervenant *fructuum duntaxat et omnis causæ nomine*. Tribonien et ses collègues parleraient uniquement de condamnation (1). — M. de Savigny, au contraire, croit à l'interpolation du texte. Il se fonde sur ce que, dans toute action arbitraire, il y a lieu au *jusjurandum in litem ob contumaciam rei*, c'est-à-dire que le défendeur qui n'obéit pas à l'*arbitratus judicis* est condamné à une somme que fixe le demandeur lui-même sous la foi du serment (2). L'existence de ce *jusjurandum in litem*, suivant M. de Savigny, est absolument incompatible avec la possibilité d'employer la *manus militaris* en cas de *contumacia* du défendeur : « Dans la supposition d'une « exécution réelle, dit-il, on ne conçoit pas qu'il y ait jamais lieu « au serment *ob contumaciam* » (3). A cette affirmation nous pouvons faire plusieurs réponses :

1° Lorsque je revendique ma chose et que le juge a reconnu mon droit, si le défendeur se refuse à restituer, pourquoi donc ne me laisserait-on pas le choix entre reprendre ma chose avec l'aide de la force publique et obtenir contre l'adversaire récalcitrant condamnation à une somme considérable? Évidemment une pareille faculté peut très-bien être consacrée par la loi au profit du propriétaire sans qu'il y ait là rien d'absurde, rien d'inconcevable.

2° Il y a des cas assez nombreux dans lesquels l'emploi de la *manus militaris* est certainement inapplicable : alors le *jusjurandum in litem* sera la seule ressource laissée à la disposition du demandeur, en présence de la *contumacia* du défendeur à une action arbitraire. On comprend bien que la *manus militaris* soit employée comme moyen de lever un obstacle de fait, mais non comme moyen de transférer la propriété au demandeur. Si par exemple le défendeur à la revendication a usucapé la chose depuis la *litis contestatio*, au cas où il ne voudrait pas obéir au juge qui lui ordonne de

(1) Voy. M. Pellat, *Explication du Livre VI des Pandectes*, p. 368 et suiv.
(2) Paul, L. 2 § 1, D., *De in lit. jur.* (12, 3).
(3) *System*, t. V, § 221, note *d*.

retransférer la propriété, évidemment ce n'est pas la *manus militaris* qui pourra procurer au demandeur l'exécution de ce *jussus judicis* : il n'y aura qu'à condamner le défendeur d'après le *jusjurandum actoris* (1).

3° Je vais beaucoup plus loin : je n'admets pas que la *manus militaris* puisse toujours être employée par cela seul qu'il s'agirait simplement de lever un obstacle de fait. L'emploi de la *manus militaris* est possible uniquement dans le cas que suppose Ulpien, c'est-à-dire dans le cas où le défendeur a déclaré qu'il ne pouvait pas restituer et a été convaincu de mensonge à cet égard. Quand on généralise la décision d'Ulpien, il devient impossible de comprendre ce que lui-même dit ailleurs, à savoir que, si un *fundus pupillaris* revendiqué par le tuteur n'est pas restitué, le défendeur offrant de payer la *litis æstimatio*, il y aura là une aliénation nécessaire, par conséquent une aliénation s'opérant sans décret du magistrat : certes l'aliénation ne serait pas nécessaire si le tuteur pouvait, avec le secours de la force publique, rentrer en possession du fonds de son pupille (2). — Ainsi j'arrive à dire que le défendeur qui n'a pas menti, qui n'a pas déclaré mensongèrement qu'il ne pouvait pas restituer, est parfaitement libre de garder la chose ou de payer le montant de la condamnation fixé par le demandeur lui-même sous la foi du serment. En d'autres termes, l'emploi de la *manus militaris* pour reprendre la chose n'est admis qu'autant que le défendeur a menti ou ne paie pas la somme à laquelle il a été condamné (3).

Quelles sont précisément les actions qu'on nous présente comme étant des actions arbitraires? D'après Justinien, des actions *in rem* comme des actions *in personam* peuvent être arbitraires. Il cite, parmi les actions *in rem*, l'action Publicienne, l'action Servienne *de rebus coloni*, l'action quasi-Servienne ou hypothécaire ; et, parmi les actions *in personam*, l'action *quod metûs causâ*, l'action

(1) Voy. M. Pellat, *op. cit.*, p. 376.
(2) L. 3 § 2, D., *De reb. eor.* (27, 9).
(3) Voy., pour plus de détails, mon traité *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 119 et suiv.

de dolo malo, l'action *de eo quod certo loco* et l'action *ad exhibendum* (1).

On se demande tout d'abord pourquoi les actions *in rem* civiles (*rei vindicatio*, *hereditatis petitio*, *confessoria*, *negatoria*), qui très certainement sont des actions arbitraires, ne sont pas comprises dans l'énumération de Justinien. Peut-être la phrase des Institutes a-t-elle été copiée sur le texte d'un ancien jurisconsulte qui parlait de *formula petitoria*, mots qu'on se sera contenté de supprimer. Peut-être aussi les actions prétoriennes que citent les Institutes sont-elles les premières qui aient eu ce caractère d'actions arbitraires.

Quant aux quatre actions *in personam* citées par Justinien, il y en a deux dont nous n'avons rien à dire pour le moment, savoir : l'action *de eo quod certo loco* (2), et l'action *ad exhibendum* (3). Mais arrêtons-nous un instant sur l'action *quod metûs causâ* et sur l'action *de dolo malo*.

Lorsque j'ai fait un acte sous l'empire de la crainte, je puis intenter une action personnelle, soit contre l'auteur de la violence à laquelle j'ai cédé, soit même contre la personne qui se trouve simplement avoir profité de l'acte. Ulpien dit, en parlant de cette action: *Cùm in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversùs omnes restitui velit quod metûs causâ factum est, non immeritò Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem ; sed fidejussorem, nisi adversùs reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius quod Marcellus notat, etiam adversùs reum competere hanc actionem, cùm in rem sit scripta* (4). Un homme qui avait un débiteur et un fidéjusseur fait *acceptilatio* au fidéjusseur par suite des menaces de celui-ci : cette *acceptilatio*, nous le savons, libère non-seulement le fidéjusseur, mais aussi

(1) Inst., § 31 (2e phrase) *De action.*

(2) Nous y reviendrons à propos de la plus-pétition, sur le § 33 du Titre *De action.*

(3) Il en a déjà été question, aux Institutes, § 29 *De divis. rer.* (II, 1), et § 2 *Quibus alien. lic.* (II, 8). Comp. notre t. I, p. 467 et suiv., p. 589 et 596. De plus, les rédacteurs des Institutes s'en occupent spécialement dans le § 3 *De officio judicis* (IV, 17).

(4) L. 9 § 8, D., *Quod metûs causâ* (4, 2).

le débiteur principal. Que fera le créancier, victime de la violence du fidéjusseur, violence dont le débiteur est innocent bien qu'il en profite? Suivant Julien, le créancier s'attaquera au fidéjusseur; et, à moins que ce fidéjusseur ne s'arrange pour faire renaître l'obligation primitive cautionnée par lui, il sera condamné au quadruple. Au contraire, suivant Marcellus, de qui la doctrine a prévalu, le créancier peut diriger son action contre le débiteur lui-même, par cela seul qu'il se trouve profiter de l'acte entaché de violence. Et cela n'a rien d'inique : car le débiteur peut toujours échapper à la condamnation au quadruple, en se soumettant de nouveau à l'obligation dont il a été injustement libéré (1). — Voici comment Ulpien explique pourquoi on a voulu que l'action personnelle *quod metûs causâ* fût ainsi *in rem scripta*. Il dit, en parlant du demandeur : *Sufficit hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hâc re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nàm, cùm metus habeat in se ignorantiam, meritò quis non adstringitur ut designet quis ei metum vel vim adhibuit : et ideò ad hoc tantùm actor adstringitur ut doceat metum in causâ fuisse ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret...* (2).

Lorsqu'un acte a été fait, non plus sous l'empire de la violence, mais sous l'empire du dol, la personne qui en est victime a également une action personnelle et arbitraire. Seulement, à la différence de l'action *quod metûs causâ*, l'action *de dolo malo* n'est point *in rem scripta*, elle suppose que le demandeur connaît l'auteur des manœuvres; et elle entraîne condamnation, non pas au quadruple, mais au simple : *In hâc actione*, dit Ulpien, *designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse* (3). *Nisi fiat restitutio*, dit Paul, *sequitur condemnatio quanti ea res est* (4).

Dans l'action *de dolo malo* comme dans l'action *quod metûs causâ*, il y a lieu au *jusjurandum in litem* en cas de *contumacia* du

(1) Comp. Inst., § 27 *De action.*, et Ulpien, L. 14 § 3 *in fine*, D., *Quod met. causâ*.

(2) L. 14 § 3, D., *Quod metûs causâ*.

(3) L. 15 § 3, D., *De dolo malo* (4, 3).

(4) L. 18 pr. *eod. Tit.*

défendeur. Mais Paul ajoute : *Officio judicis debet, in utrâque actione, taxatione jusjurandum refrenari* (1).

Si c'est une aliénation que j'ai faite sous l'empire de la crainte ou du dol, je puis avoir intérêt à faire rescinder l'aliénation pour intenter ensuite une action *in rem*. En effet, l'action *quod metûs causâ* ou l'action *de dolo malo*, intentée contre un insolvable, aboutirait simplement à me faire toucher un dividende : car, dans ces actions, le demandeur se présente comme créancier, et il est absolument inadmissible que la restitution ordonnée par le juge puisse jamais avoir lieu *manu militari*.

— Aux quatre actions personnelles arbitraires indiquées dans notre § 31 *De action.*, il faut certainement ajouter l'action *finium regundorum*. Nous voyons que le juge peut ordonner à l'un des voisins d'abattre un arbre ou de démolir une construction qui se trouve sur la limite des deux fonds : faute d'obéir à cet ordre, la partie sera condamnée (2). Nous voyons également que le juge peut ordonner que les deux héritages seront mesurés : celle des parties qui ne voudrait pas laisser faire le mesurage serait condamnée *contumaciæ nomine* (3).

En quoi peut consister la satisfaction indiquée par le juge, dans les différentes actions arbitraires? D'après Justinien, le juge ordonne au défendeur *ut rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causâ servum dedat* (4). Evidemment cela n'est point limitatif, comme le montre déjà ce qui vient d'être dit à propos de l'action *finium regundorum*. On comprend bien la satisfaction qui consiste à restituer ou à exhiber. Mais dans quel cas le juge ordonnera-t-il au défendeur de payer, *ut solvat*? Cela se présente dans le cas de l'action hypothécaire. Comme l'indique la formule de cette action (5), le juge, après avoir reconnu que la prétention du demandeur est fondée, ordonne au défendeur de payer la dette ou

(1) Même L. 18 pr.
(2) Paul, L. 4 § 3, D., *Fin. regund.* (10, 1).
(3) Inst., § 6 *in fine De officio jud.* (IV, 17).
(4) Inst., § 31 (1re phrase *in fine*) *De action.*
(5) Voy., ci-dessus, p. 526.

de restituer la chose; et, faute par le défendeur de faire l'un ou l'autre, il le condamne à la valeur de la chose.

Il est difficile de comprendre quelle a été la pensée de Justinien quand il a dit que la satisfaction fournie par le défendeur peut consister dans l'abandon d'un esclave *ex noxali causâ*. Suivant M. de Savigny, il faut supposer qu'une action qui déjà par elle-même est arbitraire, comme l'action *quod metûs causâ* ou l'action *de dolo*, est donnée *noxaliter* (1). Mais il y a là évidemment une confusion : car, d'une part, dans les actions arbitraires dont il s'agit, la satisfaction fournie par le défendeur ne consiste pas dans l'abandon de l'esclave, et, d'autre part, dans toute action donnée *noxaliter*, il est certain que le défendeur peut échapper à la condamnation en abandonnant l'esclave (2). Je crois que l'idée de Justinien est que l'abandon noxal ne diffère en rien de la satisfaction fournie par le défendeur dans une action arbitraire, et il est bien vrai qu'il y a une certaine analogie. Mais il y a entre les deux choses cette différence considérable que, dans l'action noxale le choix du défendeur est parfaitement libre, tandis que dans l'action arbitraire existe cette *coactio* indirecte résultant de ce que le défendeur qui n'obéit pas à l'*arbitratus judicis* est mis plus ou moins complétement à la discrétion de son adversaire.

Certaines actions, nous venons de le voir, sont arbitraires; d'un autre côté, on nous dit que toutes les actions sont absolutoires. *Si antè rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in eâ causâ fuisset ut damnari debeat; et hoc est quod antè vulgò dicebatur omnia judicia absolutoria esse* (3). Evidemment il doit y avoir une différence entre l'idée attachée à l'expression *judicium arbitrarium* et l'idée attachée à l'expression *judicium absolutorium*. Quelle est précisément cette différence? Dans les deux cas, le défendeur échappe à la condamnation en fournissant au demandeur une certaine satisfaction; mais dans un cas la satisfaction est réglée par

(1) *System*, t. V, § 223, note *s*.
(2) Inst., pr. *De noxal. act.* (IV, 8).
(3) Inst., § 2 *De perp. et tempor. act.* (IV, 12).

le juge, tandis que dans l'autre elle consiste tout simplement à faire droit à la prétention du demandeur telle qu'il l'a déduite en justice.

Du reste, dans l'ancien droit, tous les jurisconsultes n'attachaient pas le même effet à la circonstance que le défendeur *post acceptum judicium* avait ainsi fait droit à la demande. Les Sabiniens admettaient, d'une manière absolue et sans aucune distinction, que cela devait entraîner l'absolution du défendeur; *et hoc est quod vulgò dicitur, Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria.* Quant aux Proculiens, il paraît qu'ils n'admettaient cette doctrine qu'autant qu'il s'agissait d'une action de bonne foi ou d'une action *in rem* (1). — Bien que Justinien ait consacré l'opinion des Sabiniens, cependant nous trouvons au Digeste un fragment de Paul qui semble bien conçu dans le sens de l'autre école : *Si insulam fieri stipulatus sim*, dit Paul, *et transierit tempus quo potueris facere : quamdiù litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quod si jàm litem contestatus sim, nikil tibi prodesse si ædifices* (2). — Il est plus que probable que, dans l'opinion des Proculiens, le défendeur condamné, quoiqu'ayant fourni ce que l'adversaire prétend lui être dû, peut du moins répéter ce qu'il a ainsi fourni sans utilité.

DES INEXACTITUDES QUE LE DEMANDEUR PEUT COMMETTRE EN FORMULANT SA PRÉTENTION.

Cette matière, nous allons le voir presque immédiatement, se rattache à la distinction des *actiones certæ* et des *actiones incertæ*, dont nous avons eu déjà plus d'une fois l'occasion de parler.

Sous le système formulaire, lorsque la prétention mise en avant par le demandeur se trouve dépasser son droit, non-seulement ce demandeur succombera dans le procès actuel, mais il ne

(1) Gaius, IV, § 114.
(2) L. 84 *De verbor. oblig.* (45, 1).

pourra pas recommencer. *Si quis agens*, dit Justinien, *in intentione suâ plus complexus fuerit quàm ad eum pertineret*, *causâ cadebat, id est*, *rem amittebat* (1). — Cela est rigoureusement logique. En effet, de deux choses l'une : ou la prétention du demandeur est fondée, ou elle ne l'est pas. Pour le cas où elle est fondée, il est enjoint au juge de condamner le défendeur; pour le cas contraire, il lui est enjoint de l'absoudre. Lorsque, créancier de 10 sous d'or, je prétends être créancier de 15, évidemment ma prétention telle que je la formule n'est pas fondée : donc le juge ne peut que prononcer l'absolution du défendeur : les termes dans lesquels est conçue la formule ne l'autorisent point à prononcer une condamnation inférieure au chiffre de ma prétention. Du reste, il n'y a rien là qui ressemble à une peine, et l'expression souvent employée, *la peine de la plus-pétition*, est absolument impropre.

Justinien ajoute que celui qui avait ainsi succombé pour cause de plus-pétition n'était pas facilement restitué *in integrum* par le Préteur, à moins qu'il ne s'agît d'un mineur de 25 ans. Voici cependant un cas dans lequel il y aurait lieu de venir au secours même d'un majeur, attendu que, s'il a commis une plus-pétition, il n'y a vraiment aucune faute à lui imputer : Un légataire réclame en totalité le legs qui lui a été fait; puis on découvre un codicille qui révoque ce legs pour partie, ou qui, contenant d'autres legs, amène pour tous une réduction *ipso jure* conformément à la loi Falcidie (2).

Pour entraîner ainsi la déchéance du demandeur, il faut que l'exagération se trouve dans l'*intentio*. Supposons qu'elle se trouve dans la *demonstratio* : alors, dit Gaius, *nihil in judicium deducitur*, *et ideò res in integro manet ; et hoc est quod dicitur*, *falsâ demonstratione rem non perimi* (3). Si, par exemple, un homme, ayant acheté un seul esclave, *de duobus egerit*, *falsum demonstrat* (4). Maintenant, supposons que l'exagération se trouve dans la *condemnatio* : alors *actoris quidem periculum nullum est ; sed reus*,

(1) Inst., § 33 (au commencement) *De action.*

(2) Inst., § 33 (1er alinéa *in fine*) *De action.*

(3) Comment. IV, § 58.

(4) Comment. IV, § 59 *in fine*.

cùm iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur ut minuatur condemnatio (1).

— L'exagération qui est dangereuse pour le demandeur, c'est-à-dire qui se trouve dans l'*intentio,* peut se présenter de quatre manières. *Plus,* dit Justinien, *quatuor modis petitur : re, tempore, loco, causâ.*

Plus-pétition RE. — Par exemple, 10 sous d'or m'étant dus, j'en réclame 20; le fonds Cornélien m'appartenant seulement pour partie, je le revendique tout entier.

Plus-pétition TEMPORE. — Il y a plus-pétition lorsque, ayant sur Titius une créance à terme, je le poursuis avant l'échéance du terme : *quâ ratione enim qui tardiùs solvit quàm solvere deberet, minus solvere intelligitur, eâdem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur.* — Que j'intente mon action avant l'échéance d'un terme accordé au débiteur par le contrat originaire, ou que je l'intente avant l'échéance d'un terme accordé par une convention postérieure, cas auquel le défendeur a besoin d'une exception pour faire valoir le terme, en définitive le résultat est le même dans les deux cas : dans les deux cas je perds tout mon droit. *Observandum est,* dit Gaius, *ei cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem : alioquin, si objectâ exceptione egerit, rem perdit; nec enim, post illud tempus quo integrâ re evitare poterat, adhùc ei potestas agendi superest, re in judicium deductâ et per exceptionem peremptâ* (2).

Justinien met sur la même ligne celui qui agit *antè diem* et celui qui agit *antè conditionem :* ainsi, même au cas où, créancier conditionnel, je poursuis le débiteur *pendente adhùc conditione*, je ne pourrai pas renouveler ma poursuite après l'arrivée de la condition. Sur ce point, il y avait des difficultés dans l'ancien droit (3). Du reste, dans le droit de Justinien comme dans l'ancien droit, celui qui agirait en paiement d'un legs *cujus dies non adhùc cessit,* celui-là ferait une chose absolument dépourvue d'effet : *Scævola*

(1) Gaius, IV, § 57 (au commencement).

(2) Comment. IV, § 123. Comp. Inst., § 10 (2e alinéa) *De exception.* (IV, 13).

(3) Comp. Julien, L. 36, D., *De solut.* (46, 3); Paul, L. 28 § 5, D., *De judiciis* (5, 1), et L. 3, D., *Si pars heredit. pet.* (5, 4).

ait agentem antè diem usùsfructûs nihil facere, quamvis aliàs qui antè diem agit, malè agit (1).

Plus-pétition LOCO. — Lorsqu'une dette doit être payée dans un lieu déterminé, par exemple à Ephèse, si le créancier est dans le cas d'exercer des poursuites, c'est dans le lieu fixé pour le paiement qu'il doit les exercer. La règle dont il s'agit se rattache à cet autre principe qu'une condamnation est exécutoire là où elle a été prononcée. Mais le débiteur, par hasard ou de propos délibéré, peut ne pas se rencontrer dans le lieu du paiement : le créancier sera-t-il alors dans l'impossibilité de le poursuivre? Non : il pourra porter son action soit devant le magistrat du domicile du débiteur, soit devant le magistrat de Rome; et même elle se trouvera régulièrement portée devant tout autre magistrat, si le débiteur renonce à opposer l'incompétence. Ces principes résultent des deux textes suivants, empruntés l'un et l'autre à Ulpien : *Illud sciendum est eum qui ità fuit obligatus ut in Italiâ solveret, si in provinciâ habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hîc et ibi; et ità et Juliano et multis aliis videtur* (2). *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio* (3). Mais il faut remarquer que le créancier, agissant ainsi dans un lieu autre que le lieu fixé pour le paiement, a une précaution à prendre pour n'être pas considéré comme commettant une plus-pétition : *ideò plus petere intelligitur*, dit Justinien, *quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret, adimit ei purâ intentione.* Pour échapper à ce danger de plus-pétition, on modifie la formule de manière à permettre au juge de tenir compte de l'intérêt qu'il peut y avoir pour le débiteur à payer à Ephèse plutôt que dans le lieu où il est poursuivi. La modification dont il s'agit a pour effet: 1° de rendre *incerta* l'*intentio* de la formule, et 2° de rendre l'action arbitraire. *Alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in quâ scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret : quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur,*

(1) Ulpien, L. un. § 4 *in fine*, D., *Quandò dies usùsfr. leg. cedat* (7, 3).
(2) L. 19 § 4, D., *De judiciis* (5, 1).
(3) L. 1 *eod. Tit.*

veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia; sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fænerentur. Gaius qualifie d'*utilis* cette action arbitraire (1), probablement parce que c'est une raison d'équité qui l'a fait introduire.

Quelle est donc la satisfaction qui, fournie par le défendeur sur l'invitation du juge, amènera son absolution? C'est la garantie donnée au demandeur que le paiement sera fait au lieu convenu : *Interdùm*, dit Ulpien, *judex qui ex hâc actione cognoscit, cùm sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exactâ de pecuniâ ibi solvendâ ubi promissa est... In summâ, æquitatem antè oculos habere debet judex qui huic actioni addictus est* (2). — Quand le juge est dans le cas de condamner, un pouvoir d'appréciation très-étendu lui est laissé en ce qui concerne le chiffre de la condamnation. *Arbitraria actio*, dit Ulpien, *utriusque utilitatem continet, tàm actoris quàm rei : quòd si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio quàm intentatum est ; aut, si actoris, majoris fit* (3).

Plus-pétition CAUSA. — Il y a plus-pétition *causâ* lorsque le demandeur, par la rédaction de son *intentio*, enlève au défendeur une certaine faculté d'option qui lui appartenait. Ainsi, j'ai stipulé de Titius 10,000 sesterces ou l'esclave Stichus : à défaut de convention contraire, le choix appartient au débiteur : il y a donc de ma part plus-pétition si, d'après mon *intentio*, il est obligé à me donner 10,000 sesterces, ou si au contraire il est obligé à me donner l'esclave Stichus. De même si, ayant stipulé un esclave en général, je prétends que le défendeur doit me donner l'esclave Stichus. Gaius pose, à cette occasion, une règle que nous avons déjà eu l'occasion de citer : *Sicut ipsa stipulatio concepta est, ità et intentio formulæ concipi debet* (4). Et Justinien dit pareillement : *Talis prodita est actio ut quis eodem modo peteret quo stipulatus est* (5).

(1) L. 1, D., *De eo quod certo loco* (13, 4).
(2) L. 4 § 1 *eod. Tit.*
(3) L. 2 pr. *eod. Tit.* Pour les développements, voy. le § 8 de la même L. 2.
(4) Comment. IV, § 53 *in fine*.
(5) Inst., § 33 (avant-dernier alinéa) *De action.*

— La plus-pétition n'est jamais possible (sauf peut-être la plus-pétition *tempore*) que dans une formule dont l'*intentio* est *certa* : ainsi celui qui intente une action de bonne foi ou une *condictio incerti* n'est pas exposé à encourir une déchéance pour cause de plus-pétition. Du reste, peu importe la rédaction de la *condemnatio* : la *condemnatio* fût-elle *incerta*, la plus-pétition est possible si l'*intentio* est *certa*. Cela se présente notamment dans le cas de la revendication. *Illud satis apparet*, dit Gaius, *in incertis formulis plus peti non posse, quia, cùm certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere* (1). Gaius ajoute que, lorsqu'un homme a un droit de propriété sur une chose, mais se trouve dans une position telle qu'il lui est à peu près impossible de connaître précisément l'étendue de ce droit, le Préteur, pour le soustraire au danger de la plus-pétition, peut lui donner une *vindicatio incertæ partis*. Tel est le cas où l'action est intentée, non par l'acquéreur lui-même, mais par son héritier; tel est encore le cas d'un légataire qui ne peut pas savoir si son legs est ou non réduit par application de la loi Falcidie. Au surplus, c'est seulement *in paucissimis causis* que le Préteur donne ainsi une *vindicatio incertæ partis* (2). — Cette règle que la plus-pétition est impossible *in incertis formulis* est appliquée, spécialement en ce qui concerne la plus-pétition *loco*, par le jurisconsulte Paul : *In bonæ fidei judiciis, etiamsi in contrahendo convenit ut certo loco quid præstetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio* (3).

Nous avons déjà remarqué que la stipulation d'un droit d'usufruit donne lieu à une *formula incerta* (4). D'un autre côté, celui qui intente l'action réelle *de usufructu*, l'action confessoire, peut commettre une plus-pétition (5). Cela tient sans doute à ce que,

(1) Comment. IV, § 54.
(2) Comment. IV, § 54 *in fine*; L. 76 § 1, D., *De rei vindic.* (6, 1).
(3) L. 7 pr., D., *De eo quod certo loco*. — L'*arbitraria actio* dont il s'agit, c'est l'action *de eo quod certo loco*. Le texte ne peut pas être invoqué sérieusement pour prétendre qu'une action *bonæ fidei* ne saurait être en même temps *arbitraria*.
(4) Ci-dessus, p. 180. Voy. L. 75 § 3, D., *De verbor. oblig.* (45, 1).
(5) *Fragm. du Vatican*, §§ 52 et 53.

la formule de l'action réelle n'ayant pas de *demonstratio*, le demandeur est obligé d'indiquer dans l'*intentio* le droit d'usufruit qu'il prétend avoir.

La plus-pétition est parfaitement possible dans une formule dont l'*intentio* est *in factum concepta*. Voici, à ce sujet, ce que dit Gaius: « Nous lisons dans certains auteurs, à propos de l'action *depositi* « et de toutes les autres qui entraînent l'infamie contre le con- « damné, que celui *qui plus quàm oporteret demonstraverit* perd sa « cause : ainsi un homme qui avait déposé un objet a mis dans la « *demonstratio* qu'il en avait déposé deux; ou bien celui qui avait « été frappé sur la joue, exerçant l'action d'injures, a indiqué dans « la *demonstratio* qu'il avait été frappé sur une autre partie du « corps. Recherchons avec soin si cela doit être tenu pour bien « exact. Comme il y a deux formules pour le dépôt, l'une *concepta* « *in jus* et l'autre *in factum*, dans la première on commence par « indiquer de quoi il s'agit, et puis ensuite arrive la question de « droit : *quidquid ob eam rem illum mihi dare facere oportet;* au « contraire dans la formule conçue *in factum* on dit de suite : *si* « *paret illum apud illum deposuisse*. Sans aucun doute, si le deman- « deur, dans la formule rédigée *in factum*, a indiqué plus de « choses qu'il n'en a déposé, il perdra sa cause, parce qu'il y a « exagération dans l'*intentio*.... » (1).

La déchéance résultant de la plus-pétition a dû disparaître avec l'*ordo judiciorum*. Il n'y a plus rien de semblable dans le droit de Justinien. Cependant les Institutes supposent encore qu'il peut y avoir plus-pétition, non-seulement *tempore* (ceci, en effet, est indépendant du système formulaire), mais *quantitate vel alio modo* (2) : l'exagération, qui ne peut plus être dans l'*intentio* de la formule, se trouve maintenant dans le *libellus conventionis*.

La plus-pétition encore possible dans le droit de Justinien, quel effet produit-elle? En cas de plus-pétition *tempore*, Justinien renvoie à une Constitution de l'empereur Zénon (3), qui double le

(1) Comment. IV, § 60.
(2) § 33 *in fine De action.*
(3) L. 1, C., *De plus petit.* (3, 10).

temps qui restait à courir du jour de la demande jusqu'au jour de l'échéance. Ainsi la dette devait arriver à échéance le 1er octobre; le créancier forme sa demande le 1er juillet : l'échéance est reportée au 1er janvier (1). Pour toute autre espèce de plus-pétition, Justinien veut que le défendeur qui en aurait ressenti quelque dommage puisse faire condamner au triple l'adversaire qui le lui aurait causé (2).

Qu'arriverait-il s'il y avait eu le contraire d'une plus-pétition, si le demandeur avait réclamé moins que ce à quoi il a droit? Il faut distinguer suivant que cette inexactitude se trouve dans l'*intentio*, dans la *demonstratio* ou dans la *condemnatio :*

1° Le demandeur peut, sans se compromettre, *minus intendere*. Seulement, il faudra qu'il ait soin de laisser passer la préture actuelle avant d'agir *de reliquo ;* sans quoi sa nouvelle demande serait exclue par une exception qu'on appelle l'*exceptio litis dividuæ* (3).— L'empereur Zénon modifia cette règle de l'ancien droit. « Si le demandeur, dit Justinien, réclame moins que ce à quoi il a droit, par exemple si, 10 lui étant dus, il réclame 5, ou si, un fonds lui appartenant pour le tout, il le revendique pour moitié, cela n'a pour lui aucun danger: dans la même instance le juge condamnera néanmoins l'adversaire au surplus, conformément à la Constitution de l'empereur Zénon » (4).

2° Quand l'erreur en moins se trouve dans la *demonstratio*, les jurisconsultes romains ne sont pas d'accord sur le résultat. Les uns disent que rien n'est déduit *in judicium* et qu'ainsi les choses restent entières. Suivant d'autres, ce qui a été mis dans la *demonstratio* y a été bien mis : ainsi, ayant acheté Stichus et Eros, je parle efficacement d'Éros dans ma *demonstratio*, et je pourrai en-

(1) Les Institutes renvoient encore une autre fois à cette Constitution de Zénon : § 10 *in fine De exception.* (IV, 13).

(2) *In omne, si quod fortè damnum ex hâc causâ acciderit ei contrà quem plus petitum fuerit, commissâ tripli condemnatione, sicut suprà diximus.* Ces derniers mots se réfèrent au § 24 de notre Titre *De action.* Ci-dessus, p. 565.

(3) Gaius, IV, § 56. Sur l'exception *litis dividuæ*, voy. encore Gaius, IV, § 122.

(4) Inst., § 34 *De action.*

suite par une autre formule demander Stichus. Ce dernier sentiment était notamment celui de Labéon (1).

3° Enfin, la *condemnatio* ne contenant pas tout ce qu'elle devrait contenir, le demandeur n'obtient que ce qu'il y a fait mettre : tout le droit est déduit *in judicium*, mais il est restreint dans les termes de la *condemnatio*, termes que le juge ne peut jamais dépasser. Et le Préteur ici ne restituera pas le demandeur (à moins qu'il ne s'agisse d'un mineur de vingt-cinq ans) : *faciliùs enim reis Prætor succurrit quàm actoribus* (2).

— Il reste à parler du cas où le demandeur n'a pas réclamé trop ou trop peu, mais a réclamé *aliud pro alio*. Ce demandeur pourra intenter une nouvelle action, attendu qu'il n'a rien déduit *in judicium*. Gaius donne trois exemples : celui qui devrait demander l'esclave Stichus demande l'esclave Eros; un *cognitor* ou un *procurator* prétend *sibi dare oportere;* celui à qui il est dû en vertu d'une stipulation prétend qu'il lui est dû en vertu d'un testament (3). Ce dernier exemple est remarquable. Il prouve, ce que nous savons d'ailleurs, que, dans l'action intentée par le légataire, les mots *ex testamento* figuraient dans l'*intentio* (4) : c'est peut-être parce que l'action est donnée au double *adversùs inficiantem*. Au contraire dans l'action intentée par un stipulant, qui elle aussi est une *condictio*, les mots *ex stipulatu* viennent dans la *demonstratio* (5). En somme, d'après Gaius, demander comme m'étant dû *ex testamento* ce qui réellement m'est dû *ex stipulatu*, c'est demander *aliud pro alio*.

Justinien permet à celui qui a demandé une chose pour une autre de réparer son erreur *in eodem judicio*, quand il l'aura reconnue : il n'aura donc pas besoin de former une nouvelle demande (6).

(1) Gaius, IV, §§ 58 et 59.
(2) Gaius, IV, § 57.
(3) Gaius, IV, § 55.
(4) Comp. Gaius, II, § 213.
(5) Gaius, IV, § 136.
(6) Inst., § 35 *De action.*

CAS DANS LESQUELS LA CONDAMNATION PEUT RESTER INFÉRIEURE AU MONTANT DU DROIT.

Il y a des actions, dit Justinien, par lesquelles nous ne poursuivons pas toujours la totalité de ce qui nous est dû; *sed modò solidum consequimur, modò minùs* (1).

Le premier exemple que cite Justinien, c'est l'action *de peculio.* Nous nous en occuperons un peu plus loin (2).

En second lieu, la femme exerçant l'action *rei uxoriæ* peut ne pas obtenir condamnation au montant intégral de sa dot, *propter retentionem*, à cause des rétentions que le mari serait en droit d'opérer. D'après Ulpien, *retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas* (3). Ces rétentions ont été supprimées par Justinien, comme fournissant au mari un prétexte pour retarder la restitution de la dot. *Taceat, in actione ex stipulatu, retentionum verbositas!... Ex stipulatu actio meritò, secundùm sui naturam, nullam accipiat retentionem* (4). Le mari doit commencer par restituer la dot intégralement, sauf à poursuivre ensuite la femme s'il a quelque droit contre elle. Du reste, déjà dans l'ancien droit, le mari pouvait agir contre la femme *propter res donatas,* pour reprendre ce qu'il lui avait donné, et *propter res amotas*, pour lui faire rendre ce qu'elle avait détourné; nous voyons aussi dans Gaius que la mari pouvait agir *de moribus mulieris*, en raison de la mauvaise conduite de la femme (5).—Justinien n'a conservé les anciens principes sur la rétention que relativement aux dépenses nécessaires. *Ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet* (6). La règle que la

(1) Inst., § 36 (au commencement) *De action.*
(2) Sur le § 4 *Quod cum eo qui in al. pot.* (IV, 7).
(3) *Fragm.*, VI, §§ 9 et suiv.
(4) L. un. § 5, C., *De rei uxoriæ act.* (5, 13).
(5) Comment. IV, § 102.
(6) Inst., § 37 *in fine De action.*

dot est diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires s'applique de la manière la plus simple lorsque la dot comprend une somme d'argent. Ainsi un mari a reçu en dot le fonds Cornélien, plus 100,000 sesterces; il fait sur le fonds Cornélien des dépenses nécessaires pour 40,000 sesterces : la dot de la femme, en réalité, ne se compose plus aujourd'hui que du fonds et de 60,000 sesterces : le mari n'aura pas autre chose à lui restituer. Nous avons sur ce point, au Digeste, deux textes qui présentent une assez grande difficulté : j'ai cherché ailleurs à les expliquer, je ne m'y arrêterai pas ici (1).

A propos de ces actions par lesquelles nous n'obtenons pas toujours condamnation à ce qui nous est dû, il reste à parler de ce qu'on appelle le *bénéfice de compétence* et de la *compensation*.

Du bénéfice de compétence.

Les interprètes ont appelé ainsi un bénéfice consistant en ce que le défendeur est condamné, non pas à ce qu'il doit, mais seulement à ce qu'il peut payer, *quatenùs facere potest*. Alors les conséquences rigoureuses qu'entraîne la condamnation contre celui qui ne l'exécute pas ne pourront point s'appliquer au défendeur dont il s'agit.

Recherchons d'abord à quelles personnes avait été accordé ce bénéfice.

1° Ce bénéfice appartenait, dans l'ancien droit, au mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* : comme le dit Justinien, *rei uxoriæ actio dotis exactionem pollicebatur non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuerit substantiam* (2). Un texte du jurisconsulte Modestin montre qu'il faut aller beaucoup plus loin : suivant Modestin, *non tantùm dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur; sed ex aliis quoque contractibus ab uxore judicio conventus, in quantum facere*

(1) L. 5 pr. et § 1 *De imp. in res dot. fact.* (25, 1), et L. 56 § 3 *De jure dot.* (23, 3). Voy. mon traité *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 167-178.

(2) L. un. § 7, C., *De rei uxoriæ act.* (5, 13).

potest condemnandus est, ex D. Pii Constitutione. Quod et in personâ mulieris æquâ lance servari, æquitatis suggerit ratio (1). Mais, si le mari jouit toujours du bénéfice de compétence, quelle que soit la cause en vertu de laquelle il est poursuivi par la femme, comment comprendre la décision suivante que donne le jurisconsulte Scévola? «Après le divorce, le mari a entrepris la gestion des affaires de sa femme : la femme pourra recouvrer sa dot, non-seulement par l'action *rei uxoriæ*, mais encore par l'action *negotiorum gestorum*. Le mari ayant été solvable pendant qu'il gérait, mais ayant ensuite perdu toute sa fortune, *plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis, si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est...*» (2). Scévola, qui vivait sous le règne de Marc-Aurèle, a certainement connu la Constitution d'Antonin le Pieux : comment donc s'expliquer la distinction qu'il fait entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *negotiorum gestorum?* C'est, probablement, que la Constitution d'Antonin le Pieux suppose des actions qui ont leur origine dans des faits accomplis pendant le mariage; or, dans l'espèce de Scévola, la gestion du mari était postérieure au divorce. — Il est, du reste, assez curieux que les Institutes ne parlent du bénéfice de compétence accordé au mari qu'en le supposant poursuivi par la femme *de dote judicio* (3).

2° Le bénéfice de compétence appartient à l'ascendant poursuivi par son descendant, au patron poursuivi par son affranchi (4).

3° Le même bénéfice appartient a l'associé poursuivi par l'action *pro socio*. Certains jurisconsultes ne l'admettaient que dans le cas de société universelle (5). Mais on a fini par l'admettre dans tous les cas : *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint quominùs possint, condemnari oportere : hoc enim summam rationem habet, cùm societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (6).

(1) L. 20, D., *De re judic.* (42, 1).
(2) L. 35 pr., D., *De neg. gest.* (3, 5).
(3) § 37 *De action.*
(4) Inst., § 38 *De action.*
(5) L. 16, D., *De re judic.*
(6) L. 63 pr., D., *Pro socio* (17, 2). Voy. aussi Inst., § 38 *De action.*

4° Le bénéfice de compétence peut être invoqué par le donateur poursuivi par le donataire en exécution de la donation. Et ceci est entendu très-largement, comme l'indique le jurisconsulte Hermogénien : *Qui id quod ex causâ donationis stipulanti spoponderat, solvi constituit, actione constitutæ pecuniæ non in solidum, sed in quantum facere potest, convenitur : causam enim et originem constitutæ pecuniæ, non judicii potestatem, prævalere placuit. Sed et condemnatus ex causâ donationis, in actione judicati non frustrà desiderat in quantum facere potest conveniri* (1). Mais, d'un autre côté, voici ce que dit Paul : *Fundum quis donavit : si non restituat, ut quivis possessor damnandus est. Si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est : potuit enim non periclitari, si statim restituisset. Si dolo desiit possidere, in litem jurabitur, et tanti sequetur condemnatio* (2).

Le bénéfice de compétence est encore accordé dans les deux cas suivants, que ne mentionnent pas les Institutes :

5° Un fils de famille a contracté une dette, de manière à être obligé civilement ; au moment où il est poursuivi, il a été émancipé, ou bien il a été exhérédé, ou bien enfin, appelé à l'hérédité paternelle, il s'est abstenu : d'après l'Edit du Préteur, l'action sera donnée seulement *in quod facere potest* (3).

6° Le militaire, en raison des dettes par lui contractées, n'est jamais condamné que *quatenùs facere potest* (4).

— Dans les différents cas qui viennent d'être indiqués, en quelle forme doit être invoqué le bénéfice de compétence ? Le défendeur doit faire insérer une exception dans la formule, et cette exception s'applique à la *condemnatio* (5).

Dans les mêmes cas, que devient l'obligation pour ce qui excède le *quod reus facere potest ?* Il est certain qu'elle subsiste comme obligation civile, et que le débiteur pourra être poursuivi dès qu'il sera revenu à meilleure fortune (6). Mais comment cela

(1) L. 33 pr., D., *De donat.* (39, 5).
(2) L. 41 § 1, D., *De re judic.*
(3) L. 2, D., *Quod cum eo qui in al. potest. est* (14, 5).
(4) L. 6 pr., et L. 18, D., *De re judic.*
(5) Voy. L. 7 pr. et L. 22 pr., D., *De exception.* (44, 1).
(6) Dioclétien et Maximien, L. 8, C., *Sol. matrim.* (5, 18).

peut-il s'expliquer? Il faut nécessairement admettre que, lors de la condamnation *in quantum facere potest*, le débiteur a pris formellement l'engagement de payer le surplus dès qu'il le pourrait, et nous avons effectivement des traces d'une *cautio* qu'il fournissait dans ce but (1).

— Comment se calculent les facultés du défendeur? comment se détermine le *quantum facere potest?* Le principe est que le juge ne s'inquiète que de l'actif brut, qu'il n'a pas à déduire le montant des dettes. Paul le dit expressément : *Inter eos quibus ex eâdem causâ debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur... Sed etsi cum patre patronove agetur, non est deducendum æs alienum, maximè quod ejusdem conditionis personis debebitur, ut liberis, libertis* (2). Le principe ne souffrait exception qu'en faveur du donateur, comme l'indique le jurisconsulte Paul : *Is quoque qui ex causâ donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur; et quidem is solus deducto ære alieno. Et inter eos, quibus ex simili causâ pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imò nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsi ratio habenda est ne egeat* (3). Ainsi le donateur jouit d'un double avantage : 1° on ne prend en considération que son actif net ; 2° sur cet actif net, on lui laisse encore quelque chose, *ne egeat*. Maintenant, que penser de ce texte, mis sous le nom de Paul : *In condemnatione personarum quæ in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant* (4)? Je crois qu'il y a là, de la part des commissaires de Justinien, une généralisation incomplète et assez maladroite de la règle anciennement appliquée au donateur. *Incomplète :* car on déduit bien du patrimoine du débiteur *aliquid ne egeat*, mais on ne déduit pas ses autres dettes. *Assez maladroite :* car ce qu'on laisse au débiteur *ne egeat* n'aura

(1) Voy. Ulpien, L. 63 § 4, D., *Pro socio* (17, 2); et Justinien, L. un. § 7, C., *De rei ux. act.*

(2) L. 19 pr., D., *De re judic.*

(3) Même L. 19, § 1.

(4) L. 173 pr., D., *De reg. jur.*

pas sa destination, les autres créanciers s'en empareront (1).

Un débiteur qui se voit hors d'état de payer ses dettes peut faire cession de biens à ses créanciers (2). Il y trouve un double avantage. D'abord il évite l'infamie. En général, l'infamie atteint le débiteur dont les biens sont vendus, *ignominia accedit ex venditione bonorum* (3); mais cette règle ne s'appliquera pas ici : *Debitores qui bonis cesserint*, dit l'empereur Alexandre, *licet ex eâ causâ bona eorum venierint, infames non fiunt* (4). De plus, il évite l'emprisonnement auquel est soumis en général le condamné : *Qui bonis cesserint*, dit encore l'empereur Alexandre, *nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati : in eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest ne judicati detrahantur in carcerem* (5).

Le débiteur qui a fait cession de biens reste tenu envers ses créanciers, quand ceux-ci n'ont touché qu'un dividende. Si ce débiteur acquiert de nouveaux biens, les créanciers pourront exercer contre lui de nouvelles poursuites et procéder à une nouvelle vente. Mais ces nouvelles poursuites ne sont autorisées qu'autant que les biens ainsi acquis par le débiteur ont une certaine importance : *Aliquid adquisiit quod idoneum emolumentum habeat* (6). De plus, quand le Préteur donne action contre lui, la condamnation ne sera prononcée que jusqu'à concurrence de ses facultés : *Inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari* (7). Cela se rattache toujours à l'idée que le débiteur qui a fait cession

(1) Comp. M. Pellat, *Textes sur la dot traduits et commentés*, commentaire de la L. 33 *De jure dot.*, p. 138 et suiv. de la 2e édition.

(2) Dans l'ancien droit, cette cession donnait ouverture à la *venditio bonorum* (Gaius, III, § 78).

(3) Gaius, II, § 154.

(4) L. 11, C., *Ex quib. causis infamia irrog.* (2, 12).

(5) L. 1, C., *Qui bonis cedere possunt* (7, 71).

(6) Inst., § 40 *De action.* Comp. Ulpien, L. 6, et Modestin, L. 7, D., *De cess. bon.* (42, 3).

D'un texte de Venuleius (L. 25 § 7 *Quæ in fr. credit.*), déjà cité plus haut (p. 520 et 521), il résulte qu'en général aucune action n'est donnée contre le débiteur *ex antè gesto, post bonorum venditionem.* Cette décision s'applique lorsqu'il est constant pour le magistrat que le débiteur n'a fait aucune acquisition ayant quelque importance.

(7) Inst., même § 40. Comp. Ulpien, L. 4, D., *De cess. bon.*

de biens ne doit pas être emprisonné. C'est au moyen d'une exception particulière, *nisi bonis cesserit* (1), que le débiteur réalisait le bénéfice dont il s'agit.

De la compensation.

Les rédacteurs des Institutes ont mentionné deux fois la compensation dans le Titre *De actionibus*, soit à propos des actions de bonne foi (§ 30), soit à propos des cas dans lesquels le demandeur n'obtient pas une condamnation égale au montant de son droit (§ 39).

La compensation suppose deux personnes qui se trouvent chacune à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre. Les deux obligations se balancent (*compensantur*), se neutralisent : on peut les supprimer sans inconvénient (du moins jusqu'à concurrence de la plus faible, si elles ne sont pas égales). *Compensatio*, dit Modestin, *est debiti et crediti inter se contributio* (2). *Ideò compensatio necessaria est*, dit de son côté Pomponius, *quia interest nostrâ potiùs non solvere quàm solutum repetere* (3). Malgré sa grande utilité, la compensation n'avait pas, dès le principe, été admise chez les Romains comme règle de droit commun : pendant longtemps elle n'a eu lieu que moyennant des conditions particulières.

Nous trouvons d'abord dans Gaius deux cas tout à fait spéciaux dans lesquels mon droit est diminué parce que mon débiteur se trouve avoir lui-même une créance contre moi. Il s'agit de la *compensatio* à laquelle est soumis l'*argentarius* et de la *deductio* qui peut être opposée au *bonorum emptor*.

Lorsqu'un *argentarius* poursuit son débiteur, *cogitur cum compensatione agere*. L'*argentarius*, qui fait profession d'ouvrir des comptes aux particuliers, doit toujours savoir exactement quelle est sa position vis à vis de toute personne avec laquelle il se trouve en rapport d'affaires. En conséquence, la formule qu'il se fait

(1) Mentionnée aux Institutes, § 4 *in fine De replicat.* (IV, 14).
(2) L. 1, D., *De compensat.* (16, 2).
(3) L. 3 *eod. Tit.*

donner par le magistrat doit exprimer que le compte entre lui et le défendeur se balance par un actif de tant à son profit. Si par exemple un *argentarius* doit 10,000 sesterces à Titius, et que de son côté l'*argentarius* ait sur Titius une créance de 20,000 sesterces, l'*argentarius* doit formuler ainsi sa prétention : *Si paret Titium sibi* x *millia dare oportere amplius quàm ipse Titio debet* (1).

La *bonorum venditio* ayant eu lieu à l'encontre d'un débiteur qui ne payait pas (*defraudator*), nous savons que le *bonorum emptor* peut exercer, comme actions utiles, les actions qui lui appartenaient. Supposons que Titius fût débiteur du *defraudator* de 20,000 sesterces, mais qu'il eût en même temps une créance sur lui : le *bonorum emptor*, poursuivant Titius, ne pourra pas le faire condamner à 20,000 sesterces : *cum deductione agere jubetur, id est ut in hoc solum adversarius condemnetur quod superest deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur* (2).

Entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* du *bonorum emptor*, il y a trois différences :

1° L'*argentarius* ne doit compenser sa créance avec sa dette qu'autant que l'objet de l'une et de l'autre est *ejusdem generis et naturæ* : ainsi les deux obligations ont pour objet de l'argent, toutes deux ont pour objet du blé, toutes deux ont pour objet du vin. Certains auteurs admettent même qu'une dette de vin ne se compense pas toujours avec une dette de vin ni une dette de blé avec une dette de blé, mais que le vin ou le blé doit être exactement de la même espèce et de la même qualité. — Au contraire il y a lieu à *deductio* même d'une dette ayant un objet différent. Ainsi, le *bonorum emptor* demandant de l'argent à Titius, si de son côté il doit du froment ou du vin à Titius, subira déduction de la valeur (3).

2° L'*argentarius* ne fait compensation que d'une dette exigible. Au contraire, de la créance du *bonorum emptor* il y a lieu de déduire même ce qui était dû à terme par le *defraudator* (4).

3° Enfin c'est dans l'*intentio* même de la formule que se mani-

(1) Gaius, IV, § 64.
(2) Gaius, IV, § 65.
(3) Gaius, IV, § 66.
(4) Gaius, IV, § 67.

feste la compensation : *compensationis ratio in intentione ponitur*. D'où la conséquence que, si l'*argentarius*, ayant fait la compensation, demande un écu de trop, il succombera et sera déchu de son droit. — Au contraire la *deductio* s'applique à la *condemnatio*, et, par conséquent, il n'y a pas à craindre de plus-pétition. Aussi, dans l'action du *bonorum emptor*, sa créance fût-elle d'une somme déterminée, il y a toujours une *condemnatio incerti* (1).

La troisième différence, consistant en ce que l'*argentarius* lui-même doit faire le compte de ce qui lui revient, tandis que dans le cas de *deductio* il appartient au juge de faire une évaluation, cette troisième différence sert à expliquer les deux autres. Et cette troisième différence s'explique elle-même par la position particulière de l'*argentarius*.

Quand la dette du *defraudator* n'est pas encore échue au moment où le *bonorum emptor* intente son action, la *deductio* doit être d'autant plus faible : il est impossible que le juge évalue une créance payable dans un an aussi haut que si elle était payable aujourd'hui même. Du reste, la dette du *defraudator* fût-elle échue, ce n'est point pour sa valeur nominale que le juge la fera entrer en ligne de compte; c'est seulement sur le pied du dividende que le *bonorum emptor* a promis aux créanciers. Si par exemple il leur a promis 50 p. 100, la créance du défendeur étant de 20,000 sesterces, il y aura lieu pour le juge à faire subir au *bonorum emptor* une déduction de 10,000.

En dehors des deux cas spéciaux dont nous venons de parler, voyons sous quelles conditions la possibilité de la compensation a successivement été admise chez les Romains.

La compensation paraît avoir toujours eu lieu dans les actions de bonne foi, en supposant que la créance du défendeur provienne de la même cause (par exemple, du même contrat) sur laquelle est fondée la demande. Cela est exprimé aux Institutes mêmes, dans un texte évidemment emprunté à Gaius : *Ex bono et æquo, habitâ ratione ejus quod invicem actorem ex eâdem causâ præstare oportet*,

(1) Gaius, IV, § 68.

judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat (1). Cette compensation diffère notablement de celle à laquelle est soumis l'*argentarius*. C'est ce que Gaius indique très-bien : *Judici hujusmodi compensationis rationem habere, non ipsis quidem formulæ verbis præcipitur; sed, quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideò officio ejus contineri creditur* (2). Ainsi, tandis que l'*argentarius* doit faire lui-même la compensation et doit en tenir compte dans l'*intentio* de sa formule, sous peine de commettre une plus-pétition, ici au contraire la compensation est faite par le juge et sans que la formule ait eu besoin de le lui enjoindre expressément.

Quand il s'agit d'une action de bonne foi, la formule contient d'abord une *demonstratio* où se trouve indiquée l'affaire qui donne lieu au procès. Puis, dans l'*intentio : Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bonâ*. Il résulte de cette rédaction que le juge doit bien tenir compte d'une créance que le défendeur aurait sur le demandeur, mais pourvu que cette créance se rattache par son origine à l'affaire sur laquelle le juge est chargé de statuer. Ainsi s'explique la condition que Gaius et les Institutes expriment par ces mots *ex eâdem causâ*.

Déjà nous avons eu occasion de parler de cette compensation, qui a lieu *ex eâdem causâ* dans les actions de bonne foi. Nous l'avons mentionnée spécialement à propos du commodat. Nous avons vu qu'elle ne suffisait pas toujours à sauvegarder les intérêts du commodataire devenu en cette qualité créancier du commodant, et qu'ainsi on avait dû instituer, à côté de l'action directe, une action contraire (3).

Après avoir dit que, dans les actions de bonne foi, le juge condamne le défendeur seulement à l'excédant de sa dette sur sa créance, les rédacteurs des Institutes ajoutent : *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto D. Marci, oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur* (4). Il faut donc admettre qu'aux termes d'un

(1) Inst., § 39 *De action*. Comp. Gaius, IV, §§ 61 et 62.
(2) Gaius, IV, § 63.
(3) Ci-dessus, p. 166 et 167.
(4) § 30 (3e phrase) *De action.*

rescrit de Marc-Aurèle, le débiteur même qui est tenu d'une action de droit strict peut, au moyen de l'exception de dol, se dispenser de payer toute sa dette, quand lui-même a une créance sur son créancier. Je ne crois pas, du reste, que Marc-Aurèle à cet égard ait rien établi de nouveau : il se sera borné à consacrer une doctrine déjà suivie antérieurement. En effet, il est parfaitement certain que, sous le règne d'Adrien, le jurisconsulte Julien admettait la compensation dans l'action *ex stipulatu*, du moins en supposant une stipulation prétorienne. Ulpien l'atteste : *In stipulationibus quæ instar actionum habent, id est prætoriis, compensatio locum habet ; et, secundùm Julianum, tàm in ipsâ stipulatione quàm ex stipulatu actione poterit objici compensatio* (1).

Du moment que la compensation est admise dans l'action de droit strict, elle peut avoir lieu *ex dispari causâ :* car l'action de droit strict résulte toujours d'un acte unilatéral. Ceci, du reste, a dû réagir sur la règle suivie relativement aux actions de bonne foi : logiquement on a dû arriver à dire que, dans une action de bonne foi, il pourrait y avoir compensation non-seulement *ex eâdem causâ*, mais même *ex dispari causâ*. Seulement il fallait peut-être apporter quelque modification à la *demonstratio* de la formule pour autoriser le juge à tenir compte d'une créance absolument étrangère à l'acte d'où procédait la demande.

Une question très-débattue entre les interprètes est celle de savoir quel est précisément le résultat de l'exception *doli mali* insérée dans la formule, lorsque le défendeur démontre au juge qu'il a effectivement une créance sur le demandeur. Le défendeur va-t-il obtenir absolution complète, comme celui que poursuit un *argentarius* qui n'a pas fait exactement la compensation ? ou bien, au contraire, le défendeur va-t-il simplement être condamné à l'excédant de sa dette sur sa créance, comme celui que poursuit le *bonorum emptor* lorsqu'il y a lieu à *deductio ?* C'est à ce dernier parti que je m'arrête, et voici mes raisons :

1° Les jurisconsultes romains enseignent qu'une exception a pour effet ou d'exclure absolument la prétention du demandeur telle qu'elle est formulée dans l'*intentio*, ou d'amener une réduc-

(1) L. 10 § 3, D., *De compensat.*

tion du chiffre posé dans la *condemnatio*. C'est ce que dit d'abord Ulpien : *Exceptio dicta est quasi quædam exclusio quæ opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* (1). C'est également ce que dit Paul : *Exceptio est conditio quæ modò eximit reum damnatione, modò minuit damnationem* (2). On prétend, il est vrai, qu'il y a un cas unique où l'exception reconnue fondée entraîne, non l'absolution du défendeur, mais une diminution du chiffre de la condamnation : le cas où il s'agit pour le défendeur d'être condamné seulement *in quod facere potest*. Je réponds que c'est là une assertion purement gratuite, et que, même en ce qui concerne l'exception *doli mali*, les termes généraux dont se servent Paul et Ulpien nous autorisent à dire *a priori* qu'elle peut avoir pour effet une simple réduction du chiffre de la condamnation. C'est ainsi que l'exception du Sénatusconsulte Velléien, qui en général amène l'absolution de la femme obligée, peut quelquefois aboutir à la faire condamner *in minorem summam*. Une femme, s'obligeant *correaliter* avec Titius, n'intercède réellement que pour la moitié de l'obligation contractée : alors, dit Africain, *creditor partem duntaxat pecuniæ a muliere petere potest ; quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur* (3).

2° On comprend que l'*argentarius* encourût déchéance quand lui-même n'avait pas fait la compensation : il lui était bien facile de la faire, parce qu'il s'agissait toujours de compenser une somme d'argent avec une somme d'argent, une quantité de blé avec une quantité de blé, etc. Mais Titius me doit 100 sous d'or que je lui ai prêtés ; moi, de mon côté, je lui dois une quantité de blé d'une valeur inférieure : raisonnablement peut-on exiger que je fasse moi-même la compensation ? Titius étant un homme de mauvaise foi qui cherche à ne pas me payer, est-il croyable que les jurisconsultes romains ne soient pas arrivés à me donner le moyen de faire évaluer judiciairement ma dette et d'obtenir condamnation pour le surplus de ma créance ?

(1) L. 2 pr., D., *De exception*. (44, 1).
(2) L. 22 pr. *eod. Tit.*
(3) L. 17 § 2 *in fine*, D., *Ad Senatusc. Vellei*. (16, 1).

3° Papinien dit que, l'exception de dol étant insérée dans la formule de la revendication, *bonæ fidei constituitur judicium*, l'action prend le caractère d'une action de bonne foi (1). Or, dans l'action de bonne foi, la circonstance que le défendeur a une petite créance sur le demandeur n'amène certainement pas son absolution. Du reste, ce que dit Papinien est aussi vrai pour l'action *stricti juris* que pour la revendication. Dans la revendication, Celsus admet la compensation au profit du possesseur de bonne foi qui a fait des impenses (2). Et dans l'action *ex stipulatu*, Paul paraît bien admettre, sinon une compensation proprement dite, du moins une réduction du chiffre de la condamnation, par l'effet de l'exception de dol : *Si quis indebitam pecuniam, per errorem, jussu mulieris sponso ejus promisisset, et nuptiæ secutæ fuissent, exceptione doli mali uti non potest... Sed, si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere quod mulier receptura esset* (3).

4° Dire que l'effet de l'exception *doli mali* insérée dans l'action de droit strict est d'entraîner l'absolution complète du défendeur, quoique le chiffre de sa créance soit de beaucoup inférieur au chiffre de sa dette, c'est vraiment faire trop bon marché du texte des Institutes. En effet, après avoir dit que dans l'action de bonne foi, si le demandeur, de son côté, est obligé, le juge, faisant compensation, condamnera le défendeur seulement à l'excédant de sa dette sur sa créance, les commissaires de Justinien ajoutent : *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto D. Marci, opposità doli mali exceptione, compensatio inducebatur*. La compensation dont on parle à propos de l'action de bonne foi est certainement faite par le juge; et le sens le plus naturel du texte, sans aucun doute, c'est que depuis Marc-Aurèle la même compensation peut être faite dans l'action de droit strict, lorsque l'exception de dol y a été ajoutée. Or, d'après l'opinion que je repousse, il n'y aurait plus aucune analogie entre ce qui se passe dans l'action de bonne foi et ce qui se passe dans l'action de droit strict, puisque dans la première nous

(1) L. 12 pr., D., *De mortis causâ donat.* (39, 6). Tout le monde, il est vrai, n'entend pas le texte ainsi. Je l'entends comme M. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 139 et suiv.

(2) L. 38 *in fine*, D., *De rei vindic.* (6, 1).

(3) L. 9 § 1 *in fine*, D., *De condict. causâ datâ* (12, 4).

avons une compensation judiciaire, tandis que, dans l'autre, il ne peut être question que d'une compensation conventionnelle. En effet, à en croire les partisans de cette opinion, voici quel serait le sens du rescrit de Marc-Aurèle : « Titius voulant se faire donner contre vous une *condictio* pour 100 sous d'or que vous lui avez empruntés ou que vous lui avez promis, vous l'amènerez à réduire sa prétention et à tenir compte d'une dette dont lui-même est grevé envers vous, vous l'y amènerez en le menaçant de faire insérer dans la formule l'exception de dol » (1). Avec cette explication, je l'ai déjà montré, Titius sera souvent dans l'impossibilité d'obtenir ce qui lui est dû ; et, de plus, les rédacteurs des Institutes se seraient exprimés de manière à dissimuler complétement leur véritable pensée.

5° Théophile, l'un des trois rédacteurs des Institutes, nous donne très-clairement le sens de la phrase relative aux actions de droit strict et au rescrit de Marc-Aurèle : d'après lui, c'est bien d'une compensation judiciaire qu'il s'agit. Voici, au surplus, la traduction très-exacte de Reitz : *Facta est Constitutio Marci imperatoris, quæ ait me strictâ actione conventum de solidis decem, cùm mihi deberentur quinque, posse actioni opponere exceptionem doli, atque, hâc oppositâ exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem et in solos quinque solidos condemnandi.* J'avoue que je n'ai pas la hardiesse nécessaire pour m'inscrire en faux contre ce témoignage du rédacteur des Institutes.

Dans l'opinion que je repousse, on a coutume d'invoquer un texte de Paul, ainsi conçu : *Compensatio debiti ex pari specie et causâ dispari admittitur : velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes ; si totum petas, plus petendo causâ cadis* (2). D'abord il me paraît assez probable que ce texte ne nous est point parvenu dans sa pureté primitive : je ne puis croire que Paul ait confondu l'une avec l'autre la *compensatio* et la *deductio* que nous avons vues si nettement distinguées par

(1) C'est probablement par le même procédé qu'on se débarrasserait de l'argument puisé dans la L. 9 § 1 *in fine*, D., *De condict. causâ datâ*.

(2) *Sentences*, II, v, § 3.

Gaius. Au fond, il me paraît à peu près certain que Paul parlait exclusivement de l'ancienne *compensatio* que devait faire l'*argentarius*, et qu'il ne songeait pas du tout à l'espèce de compensation consacrée par Marc-Aurèle. J'en trouve la preuve dans ces deux circonstances : 1° que Paul suppose deux dettes ayant un objet de même nature (*ex pari specie*), et 2° qu'il parle de la plus-pétition et non de l'exception de dol.

Le juge doit-il nécessairement tenir compte de toute créance alléguée par le défendeur? Non : il est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si cette créance est suffisamment liquide, s'il n'y aurait pas inconvénient grave à reculer indéfiniment sa sentence, par suite de la difficulté que présente la vérification du chiffre ou de l'existence même de ce droit, etc.

Nous savons que le défendeur peut quelquefois opposer en compensation un droit de créance dont lui-même n'est pas investi. Cela se présente lorsqu'il y a société *inter duos reos promittendi* (1).

Dans le droit de Justinien, quelle est la règle suivie en matière de compensation ?

Nostra Constitutio, dit Justinien, *eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latiùs introduxit; ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque; exceptâ solâ depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne, sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur* (2).

La règle est que le défendeur peut toujours jouir du bénéfice de la compensation, quand il a une créance suffisamment liquide. Justinien excepte seulement le dépositaire : celui-ci ne peut pas opposer la compensation au déposant. Il paraît qu'il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. *In causâ depositi*, dit Paul, *compensationi locus non est; sed res ipsa reddenda est* (3). — Au cas de dépôt il

(1) Voy., ci-dessus, p. 264.
(2) Inst., § 30 *in fine De action.*
(3) *Sentences*, II, XII, § 12. — Cette décision, si réellement elle est de Paul, vient à l'appui de la doctrine suivant laquelle une action de bonne foi peut être arbitraire.

faut encore ajouter le cas de spoliation : *possessionem alienam per-*
peram occupantibus compensatio non datur (1).

Justinien dit qu'il a étendu (*latiùs introduxit*) le principe de la compensation, en décidant *ut actiones ipso jure minuat*. Certains textes empruntés aux jurisconsultes romains paraissent avoir été modifiés en ce sens dans la compilation justinienne. Quelle est la signification véritable de cette innovation? Voici, sur ce point, les deux interprétations principales qui ont été présentées :

1° A l'instant même où Titius et Mævius se sont trouvés réciproquement créanciers et débiteurs l'un de l'autre, les deux obligations ont été radicalement éteintes, *sine ullo facto hominis*, la plus faible pour le tout, et l'autre jusqu'à concurrence du chiffre de la plus faible.

2° La compensation ne se produit qu'autant qu'elle est invoquée ; mais, la compensation une fois admise par le juge, tout se passe comme s'il y avait eu paiement au moment même où les deux obligations ont coexisté.

En quoi ces deux interprétations diffèrent-elles l'une de l'autre par leurs conséquences? En plusieurs points :

1° Mævius, poursuivi par Titius, est son créancier en même temps que son débiteur ; pour une raison quelconque, le juge ne fait pas la compensation : il ne tient pas compte de la créance de Mævius; mais, du reste, il ne se prononce pas sur son existence. Mævius pourra-t-il encore exercer sa créance, actionner Titius en paiement? Avec la première interprétation, il faut répondre qu'il ne le peut pas, tandis qu'avec la deuxième il le peut très-bien. Or, nous avons plusieurs textes en ce dernier sens. D'abord, en voici un relatif à la tutelle : *Si tutelæ judicio quis convenitur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus utrùm compensare an petere velit sumptus. Quid ergò si judex compensationis ejus rationem non habuit? An contrario judicio experiri possit? Et utiquè potest...* (2). Voici un autre texte, conçu en termes beaucoup plus généraux : *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei judicatæ exceptio objici*

(1) Justinien, L. 14 § 2, C., *De compensat.* (4, 31).
(2) L. 1 § 4, D., *De contr. tutelæ* (27, 4).

potest. Aliud dicam si reprobavit pensationem, quasi non existente debito : tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio (1). — Du reste, les partisans de la deuxième interprétation sont forcés de reconnaître que, par cela seul qu'il y a existence des deux obligations, les intérêts cessent de courir (2).

2° Depuis qu'il y a eu coexistence des deux obligations, l'une d'elles est échue, et une peine avait été promise pour le cas où le paiement n'aurait pas lieu le jour même de l'échéance. La peine est-elle encourue? Avec la première interprétation, il faut dire non, d'une manière absolue; avec la deuxième, il ne faut dire non qu'autant que le juge admet la compensation.

En somme, aucune des deux interprétations ne peut être exacte: car les décisions qui viennent d'être rapportées, et dont les unes sont invoquées par les partisans de la première, les autres par les partisans de la deuxième, avaient été données bien longtemps avant Justinien, les unes par l'empereur Alexandre et les autres par le jurisconsulte Ulpien.

Quand Justinien a décidé que la compensation s'opérerait de plein droit, voici ce qu'il a voulu dire : « Le débiteur qui devient créancier de son créancier a, par cela même, droit à la compensation, quelle que soit la nature de ses rapports avec lui. Et son droit à la compensation n'est point subordonné à l'appréciation du juge : vainement le juge de l'action dirigée contre moi se refuse-t-il à tenir compte de ma créance, au fond ma position n'est pas pour cela changée, et pourvu que je parvienne à une époque quelconque à justifier de ma créance, je serai traité exactement comme si le juge de l'action dirigée contre moi avait fait la compensation » (3).

(1) L. 7 § 1, D., *De compensat.* (16, 2).
(2) Voy. LL. 4 et 5, C., *De compensat.* (4, 31).
(3) Sur toute cette matière de la compensation, voy. particulièrement M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. III, § 618. Voy. aussi deux belles monographies, couronnées par la Faculté de droit de Paris, l'une de M. Lair, et l'autre de M. Albert Desjardins.

DES CAS OU UNE PERSONNE *ALIENI JURIS* S'EST OBLIGÉE *EX CONTRACTU* OU *QUASI EX CONTRACTU.*

Nous supposons en ce moment qu'un fils de famille ou qu'un esclave s'est engagé dans les circonstances où peut naître une action *rei persecutoria* (1). Nous savons déjà qu'en général le fils de famille est obligé civilement, tandis que l'esclave n'est obligé que naturellement; nous avons à rechercher si le créancier n'a pas une action contre le père ou contre le maître.

Dans le Titre *De actionibus,* les rédacteurs des Institutes ont parlé deux fois de l'action *de peculio* (§§ 10 et 36). Arrivés au Titre suivant (*Quod cum eo qui in alienâ potest. est negotium gestum esse dicetur*), ils le rappellent, en ces termes : *Quia superiùs mentionem habuimus de actione quâ in peculium filiorumfamiliâs servorumve agitur, opus est ut de hâc actione et de cæteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentiùs admoneamus* (2).

Les règles sont à peu près les mêmes, soit qu'il s'agisse de l'obligation contractée par un fils de famille, soit qu'il s'agisse de l'obligation contractée par un esclave : le père et le maître sont tenus, en général, de la même manière : *ferè eadem jura servantur.* En conséquence, les rédacteurs des Institutes nous préviennent qu'ils s'attacheront au cas où l'obligation a été contractée par un esclave, mais que ce qu'ils diront de ce cas devra être également appliqué au cas d'une obligation contractée par un fils de famille (3). Dans le courant du Titre, ils prennent de nouveau la peine d'exprimer la même idée (4). Nous aurons, du reste, à signaler quelques différences entre ces deux cas.

(1) Nous étudierons ensuite le cas où il s'est obligé *ex delicto,* de manière à donner naissance à une action pénale. C'est la théorie des actions noxales (Inst., Liv. IV, Tit. 8).

(2) Pr. (1re phrase) *Quod cum eo* (IV, 7). Comp. Gaius, IV, § 69.

(3) Pr. (2e phrase) *eod. Tit.*

(4) *Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligimus et de filio et filiâ aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt* (§ 6 *eod. Tit.*).

Avant de parler en détail et séparément des différentes actions qui peuvent être données contre le maître à raison de l'obligation contractée par l'esclave, il convient de faire une observation générale, applicable à toutes. Les actions dont il s'agit sont toujours celles qui dérivent naturellement du contrat qui a été fait, ainsi l'action *venditi,* si l'esclave a fait un achat, etc.; seulement, elles sont données avec une certaine modification établie par le Préteur.

I. *Action* QUOD JUSSU. — J'ai traité avec un esclave, sur l'ordre de son maître : comme j'ai suivi la foi du maître, le Préteur me donne action *in solidum* contre lui (1). — Ulpien ne se borne pas à dire que j'ai suivi la foi du maître : suivant ce jurisconsulte, *quodammodo cum eo contrahitur qui jubet* (2). Il y a toujours cette différence entre le cas où j'ai traité avec le maître et le cas où j'ai traité avec l'esclave sur l'ordre du maître, que dans le premier cas c'est en vertu du *jus civile* que je puis agir et non en vertu du *jus prætorium* (3).

Peu importe que le *jussus domini* ait précédé le contrat, ou qu'il soit intervenu ensuite sous forme de ratification : comme le dit Ulpien, *si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos datur* (4).

II. *Actions exercitoire et institoire.* — Le même motif qui a décidé le Préteur à donner l'action *quod jussu* l'a décidé à donner les deux actions dont il s'agit. L'action exercitoire a lieu lorsque, une personne ayant préposé son esclave à la conduite d'un navire, un tiers a traité avec l'esclave en sa qualité de *magister navis :* l'action est dite *exercitoire* parce qu'on appelle *exercitor* celui à qui revient le produit journalier du navire. Quant à l'action institoire, elle a lieu lorsque, une personne ayant préposé son esclave à une boutique ou à quelque commerce, un tiers a traité

(1) Inst., § 1 *Quod cum eo.* Comp. Gaius, IV, § 70.
(2) L. 1 pr., D., *Quod jussu* (15, 4).
(3) Comp. Paul, L. 5 pr. *eod. Tit.*
(4) L. 1 § 6 *eod. Tit.*

avec cet esclave, en sa qualité de préposé : l'action est dite *institoire* parce qu'on appelle *institores* ceux qui sont préposés à l'exploitation d'un commerce. Le Préteur donne ces deux actions lors même qu'une personne a ainsi préposé à la conduite d'un navire, à une boutique, à un commerce quelconque, un homme libre ou l'esclave d'autrui : la même raison d'équité se présentait effectivement ici (1).

Lorsque le préposé, *magister navis* ou *institor*, se trouve être une personne *sui juris* ou un fils de famille, sans doute le tiers qui a traité avec lui peut intenter contre le préposant l'action exercitoire ou l'action institoire; mais rien ne l'empêche d'actionner le préposé lui-même.

Entre l'action exercitoire et l'action institoire il y a deux différences importantes :

1° Lorsque l'*exercitor* est en puissance, pourvu que *voluntate patris vel domini navem exercuerit*, le tiers qui a traité avec le *magister navis* peut intenter l'action exercitoire même contre le père ou contre le maître de cet *exercitor;* au contraire, celui qui traite avec un *institor* n'a l'action institoire que contre le préposant en personne (2).

2° Le *magister navis* peut se substituer un tiers dans la conduite du navire; et, quand je traite avec ce substitué, j'ai action contre l'*exercitor*, absolument comme si j'avais traité avec le *magister* lui-même. Au contraire, l'action institoire suppose que c'est avec l'*institor* en personne qu'on a traité (3).

Une règle commune aux deux actions, c'est que, quand il y a plusieurs préposants, ils sont tenus *in solidum* (4).

Nous avons déjà dit qu'à l'exemple de l'action institoire celui qui traite avec un simple mandataire peut intenter une action utile contre le mandant (5).

(1) Inst., § 2 *Quod cum eo*. Comp. Gaius, IV, § 71.

(2) L. 1 §§ 19 et 20, D., *De exercit. act.* (14, 1).

(3) Même L. 1, § 5.

(4) L. 1 § 25 et L. 2, D., *De exercit. act.;* L. 13 § 2, D., *De instit. act.* (14, 3).

(5) L. 19 pr., D., *De instit. act.;* L. 13 § 25, D., *De act. empti* (19, 1). Comp. ci-dessus, p. 375 et 376.

III. *Action tributoire.* — Si un esclave fait le commerce *sciente domino* avec des marchandises contenues dans son pécule, et que des tiers en conséquence aient contracté avec lui, le Préteur décide qu'il y aura lieu de distribuer au marc le franc ces marchandises et ce qui en sera provenu, entre le maître qui serait lui-même créancier et les autres créanciers. Et, comme c'est au maître lui-même qu'il appartient de faire cette distribution, si quelqu'un des créanciers se plaint d'avoir reçu trop peu, le Préteur lui donne cette action qu'on appelle *tributoire* (1).

Il est à remarquer que, suivant la doctrine qui a prévalu, on ne recherche pas ici à quel titre ou pour quelle cause le maître est devenu créancier. *Est quæsitum*, dit Ulpien, *dominus utrùm ità demùm partietur ex merce si quid ei mercis nomine debeatur, an verò et si ex aliâ causâ. Et Labeo ait, ex quâcumque causâ ei debeatur, parvique referre antè mercem an posteà ei debere quid servus cœperit : sufficere enim quòd privilegium deductionis perdidit* (2).

Nous remarquerons encore que, lorsqu'un seul créancier se présente et qu'il y a de quoi le payer intégralement, il n'est payé qu'en donnant caution *pro ratâ se refusurum si fortè alii emerserint creditores* (3).

IV. *Action* DE PECULIO ET DE IN REM VERSO. — Lorsque l'esclave a fait quelque acte sans la volonté du maître, si le maître en a profité, il est tenu jusqu'à concurrence du profit, et, s'il n'en a pas profité, il est tenu jusqu'à concurrence du pécule. Le maître est considéré comme ayant profité (*in rem domini versum intelligitur*), toutes les fois que l'esclave a fait pour lui une dépense nécessaire : par exemple, l'esclave a emprunté de l'argent pour payer les créanciers du maître, pour réparer une maison qui allait s'écrouler, etc. Si donc sur les 10 sous d'or que votre esclave a empruntés à Titius il en a compté 5 à votre créancier et il a dépensé d'une manière quelconque les 5 autres, pour 5 vous serez con-

(1) Inst., § 3 *Quod cum eo*.
(2) L. 5 § 7, D., *De tribut. act.* (14, 4). Les derniers mots de ce texte seront expliqués un peu plus loin.
(3) Même L. 5 § 19.

damné *in solidum*, et pour les 5 autres jusqu'à concurrence du pécule; si les 10 sous d'or avaient été employés dans votre intérêt, Titius pourrait les obtenir intégralement contre vous, lors même qu'au moment de la sentence il n'y aurait rien dans le pécule. — Bien qu'on agisse par une seule action *de peculio* et *de in rem verso*, il y a pourtant deux *condemnationes*. Le juge examine d'abord si le maître a profité, et il n'arrive à l'évaluation du pécule qu'autant que le maître n'a nullement profité ou n'a pas profité de la totalité. Lorsqu'on recherche ce que vaut le pécule, on commence par déduire le montant des dettes de l'esclave envers son maître ou envers les personnes soumises à la même puissance, et c'est seulement le surplus qui est considéré comme formant le pécule. Quelquefois pourtant on ne déduit pas ce qui est dû par l'esclave à une personne soumise à la même puissance; c'est ce qui arrive quand cette personne est dans le pécule de l'esclave : la somme due par un esclave à son *vicarius* n'est pas déduite du pécule de l'esclave (1).

En définitive, quand peut-on dire qu'il y a *in rem domini versum?* Comme l'exprime très-bien Ulpien, dans tous les cas où l'esclave, s'il était *sui juris*, aurait l'action contraire de mandat ou de gestion d'affaires : *Regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum, haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem* (2).

Nous avons ici *una actio, duas habens condemnationes*. Ne peut-on pas dire qu'il y a aussi *una condemnatio,* et qu'en réalité il suffit d'agir *de peculio?* En effet, le pécule se grossit de tous les droits de créance que l'esclave peut acquérir, non-seulement contre des tiers, mais même contre son maître; or, quand il y a *in rem domini versum,* le maître est obligé envers le pécule jusqu'à concurrence du profit qui lui a été procuré. C'est bien l'idée de Paul, qui, parlant de l'action *de peculio,* dit positivement : *In quam ac-*

(1) Inst., § 4 *Quod cum eo*. Du § correspondant de Gaius il ne nous est parvenu que quelques mots.

(2) L. 3 § 2, D., *De in rem verso* (15, 3).

tionem venit et quod in rem versum est (1). Cependant Paul lui-même reconnaît qu'il peut être nécessaire d'ajouter la *condemnatio de in rem verso.* Ainsi, l'esclave venant à mourir, étant affranchi ou aliéné (2), au bout d'un an le maître peut bien encore être actionné *de in rem verso,* mais non pas *de peculio* (3). Ajoutez le cas où le maître a retiré le pécule sans qu'il y ait dol de sa part (4). Enfin, si plusieurs créanciers agissent en même temps contre le maître, et si le pécule ne suffit pas pour les désintéresser, celui qui agit *de in rem verso* ne souffrira pas de cette circonstance (5).

Lorsque plusieurs personnes peuvent agir *de peculio*, celle qui la première obtient condamnation contre le maître est préférée aux autres (6). Du reste, le maître passe toujours sur le pécule avant les créanciers étrangers, lors même qu'il s'agit, non de la créance propre du maître, mais de la créance d'une personne que le maître représente, par exemple en qualité de tuteur ou de curateur ; et le jurisconsulte Ulpien en indique bien le motif : *Peculium, deducto quod domino debetur, computandum esse : quia prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur.... Id etiam deducetur quod his personis debetur quæ sunt in tutelâ vel curâ domini, vel quarum negotia administrat....* (7).

En principe, lorsque l'esclave qui a un pécule est obligé envers une personne soumise à la puissance de son maître, il y a lieu de déduire le montant de cette obligation, comme si elle avait été contractée envers le maître lui-même. Mais cela souffre exception lorsque l'esclave (le *servus ordinarius*) est ainsi obligé envers une personne comprise dans son pécule (*servus vicarius*) : le pécule se trouve être à la fois créancier et débiteur, et alors il n'est, en définitive, vis à vis des tiers, ni grossi ni diminué du montant de cette obligation. Les tiers dont nous parlons sont les créanciers de l'*ordinarius;* quant aux créanciers du *vicarius,* vis à vis d'eux le

(1) L. 19 *in fine eod. Tit.*
(2) De même si c'est un fils de famille qui meurt ou qui est émancipé.
(3) Voy. le texte même de l'Edit du Préteur, L. 1 pr., D., *Quandò de peculio actio annalis est* (15, 2).
(4) Ulpien, L. 1 § 1, D., *De in rem verso.*
(5) Même L. 1 § 2.
(6) Gaius, L. 10, D., *De peculio* (15, 1).
(7) L. 9 §§ 2 et 4 *eod. Tit.*

pécule du *vicarius* est naturellement grossi de la créance qu'il a sur l'*ordinarius* (1).

Lorsque le maître, poursuivi *de peculio*, a payé plus qu'il n'y a dans le pécule, fût-ce par erreur, il ne peut pas répéter (2). La limitation de la condamnation au montant actuel du pécule a quelque chose d'analogue à une exception dilatoire (3), ou, mieux encore, au bénéfice de compétence (4) : je veux dire que, si, créancier d'un esclave pour 100 sous d'or, j'obtiens condamnation contre son maître à un moment où le pécule vaut 20 sous d'or, je pourrai de nouveau poursuivre le maître et le faire condamner, à mesure qu'il entrera quelque chose dans le pécule, tant que je n'aurai pas été complétement désintéressé : *Is qui semel de peculio egit, rursùs, aucto peculio, de residuo debiti agere potest* (5). Du reste, le maître ici n'a pas besoin, comme celui qui invoque le bénéfice de compétence, de fournir caution : *Si semel actum sit de peculio*, dit Paul, *quamvis minus inveniatur rei judicandæ tempore in peculio quàm debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii : hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet* (6).

Si maintenant nous comparons entre elles les différentes actions prétoriennes dont nous venons de parler, nous arrivons aux résultats suivants :

La même personne à qui appartient l'action *quod jussu*, exercitoire ou institoire, pourrait exercer l'action *de peculio* : évidemment elle abandonnera celle-ci, comme étant beaucoup moins sûre. Celui qui a l'action tributoire a également l'action *de peculio*, et, suivant les cas, l'une ou l'autre peut être plus avantageuse : l'action tributoire offre cet avantage aux créanciers étrangers que, si le maître a lui-même un droit de créance, il n'est investi vis à vis d'eux d'aucune préférence ; de son côté, l'action *de pecu-*

(1) Ulpien, L. 17 *eod. Tit.*
(2) Ulpien, L. 11, D., *De condict. indeb.* (12, 6).
(3) Voy. Inst., § 10 (1re phrase) *De except.* (IV, 13).
(4) Ci-dessus, p. 604 et suiv.
(5) Ulpien, L. 30 § 4, D., *De peculio.*
(6) L. 47 § 2 *eod. Tit.*

lio peut valoir mieux, en ce que le créancier qui l'exerce a pour gage tout le pécule et non pas seulement la partie du pécule employée au commerce. On voit que le créancier bien avisé emploiera tantôt l'action tributoire et tantôt l'action *de peculio* (1). — Il est à remarquer que l'action exercitoire ou institoire ne peut jamais concourir avec l'action tributoire. En effet, l'esclave *magister navis* ou *institor* fait le commerce comme préposé, pour le compte de son maître, *in dominicâ merce;* au contraire, l'action tributoire suppose un esclave qui fait le commerce *sciente domino*, mais pour son propre compte (2).

Après avoir énuméré les différentes actions prétoriennes qui peuvent être données contre le maître par suite des obligations contractées par l'esclave, les rédacteurs des Institutes ajoutent : *Illud in summâ admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directò quoque posse a patre dominove condici, tanquàm si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoriâ vel institoriâ actione tenetur, directò posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur* (3). Ainsi, celui qui peut intenter contre le maître l'action prétorienne *de in rem verso*, ou l'action prétorienne *quod jussu* (ce qui comprend l'action exercitoire et l'action institoire), celui-là peut, s'il le préfère, intenter contre lui la *condictio*. Comment se fait-il que le Préteur ait créé des actions là où il existe une action civile? Je l'explique en disant que la *condictio* est arrivée assez tard, par le développement progressif de la jurisprudence, à pouvoir être appliquée aux cas dont il s'agit, de sorte que pour ces cas particuliers l'action prétorienne a existé plus anciennement que l'action civile. Que la *condictio* soit donnée à celui qui peut agir *de in rem verso*, c'est par application d'un principe qu'Africain indique en ces termes : *Si eum servum qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tuâ locupletior fac-*

(1) Inst., § 5 *Quod cum eo*. Comp. Gaius, IV, § 74.
(2) Ulpien, L. 11 § 7, D., *De instit. act.* (14, 3).
(3) § 8 *Quod cum eo*.

tus sim (1). Et qu'elle soit donnée à celui qui peut agir *quod jussu*, c'est parce qu'en général la *condictio* existe à votre profit contre l'homme de qui vous avez suivi la foi en contractant. Paul me paraît présupposer l'existence de ce principe général lorsqu'il dit : *Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Julianus ait etiam condici ei posse, quasi iussu ejus contrahatur a quo præpositus sit* (2).

On a quelquefois prétendu que le créancier qui a traité avec l'esclave ne peut ainsi avoir la *condictio* contre le maître qu'autant que le contrat intervenu est un de ceux qui, comme le *mutuum*, la produisent naturellement par eux-mêmes. On pourrait invoquer en ce sens ce que disent les Institutes : « Celui qui peut agir *quod jussu* ou *de in rem verso* peut aussi intenter la *condictio* contre le père ou contre le maître, *tanquàm si principaliter cum ipso negotium gestum esset.* » A mon sens, cette phrase fait simplement allusion au principe ainsi formulé par Ulpien : *Certi condictio competit ex omni causâ, ex omni obligatione ex quâ certum petitur...: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere* (3). D'ailleurs, l'opinion que j'indique est absolument inadmissible en présence des termes généraux employés par Julien, à propos de l'*institor*, dans le texte de Paul que j'ai rapporté. Je n'ai donc même pas besoin d'invoquer cette décision de Labéon : *Quotiens jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directò cum illius personâ agi posse cujus persona in contrahendâ societate spectata sit* (4). Je crois bien que l'action directe dont parle Labéon, c'est la *condictio*; mais, j'en conviens, il n'est pas absolument impossible que ce soit l'action *pro socio*.

Nous avons toujours supposé une obligation contractée par un esclave ; mais ce que nous avons dit s'applique également au cas où c'est un fils de famille qui s'est obligé (5).

(1) L. 23, D., *De reb. cred.* Voy. aussi Celsus, L. 32 *eod. Tit.*
(2) L. 29, D., *De reb. cred.* Comp. L. 17 § 5, D., *De instit. act.* (14, 3).
(3) L. 9 pr., D., *De reb. cred.* Voy. le commentaire de ce texte dans M. de Savigny, *System*, t. V, append. XIV, n° 23.
(4) L. 84, D., *Pro socio* (17, 2).
(5) Comp. Inst., pr. *in fine* et § 6 *Quod cum eo.*

Nous le savons déjà, le fils de famille, à la différence de l'esclave, peut s'obliger civilement. Voici une application de ce principe : Un fils de famille s'est mis en société, puis il a été émancipé : s'il reste en société après son émancipation, est-ce l'ancienne société qui subsiste, ou est-ce une nouvelle qui commence? C'est l'ancienne société qui subsiste : car le fils est toujours tenu, soit des obligations antérieures à l'émancipation, soit des obligations postérieures ; quant au père, il est tenu seulement des obligations antérieures. Au contraire mon esclave s'est mis en société, puis je l'ai aliéné, et il est resté en société : ici c'est une nouvelle société qui commence, l'esclave personnellement n'étant point associé ; du reste, pour ce qui a précédé l'aliénation, action peut être donnée tant contre moi que contre l'acheteur, tandis que pour ce qui a suivi, l'acheteur seul peut être actionné (1).

Il est à remarquer que le tiers, qui peut poursuivre, à son choix, soit le fils de famille, soit le père, n'a pas le droit de les poursuivre successivement l'un et l'autre pour la même obligation. Ulpien le dit en termes formels, à propos de l'action exercitoire : *Si cum utro actum est, cum altero agi non potest* (2).

Lorsqu'un fils de famille s'est obligé étant mineur de vingt-cinq ans et qu'il se trouve lésé (*circumscriptus*), l'opinion qui a prévalu, c'est que l'*in integrum restitutio* sera bien accordée à lui, mais non à son père (3). Évidemment il ne peut pas y avoir à faire une distinction de ce genre, quand c'est un esclave qui s'est obligé.

Je signalerai encore trois différences entre le fils de famille et l'esclave :

1° Nous avons déjà remarqué que l'esclave, par une *intercessio*, ne peut aucunement obliger le maître (4). Au contraire, par l'*intercessio* du fils de famille, le père est tenu *de peculio*. C'est ce que dit Ulpien : *Si filiusfamiliâs vel servus pro aliquo fidejusserint vel aliàs intervenerint vel mandaverint, tractatum est an sit de peculio actio. Et est verius, in servo causam fidejubendi vel mandandi spec-*

(1) Ulpien, L. 58 §§ 2 et 3, D., *Pro socio*.
(2) L. 1 § 24, D., *De exercit. act.* (14, 1).
(3) Ulpien, L. 3 § 4, D., *De minor* (4, 4).
(4) Voy., ci-dessus, p. 273 et 274, et p. 427.

tandam. Quam sententiam et Celsus, libro VI, *probat in servo fidejussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio... Sed, si filius fidejussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat, quæritur. Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio; et distare in hoc a servo* (1).

2° Le fils de famille peut être actionné et condamné : l'action *iudicati* qui résulte de la sentence de condamnation prononcée contre lui peut, comme une action née *quasi ex contractu*, être donnée *de peculio* contre le père : *Papinianus scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine ex quâ non potuit pater de peculio actionem pati : nàm, sicut stipulatione contrahitur cum filio, ità judicio contrahi : proindè, non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem. Quarè, et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat* (2). Un esclave ne pouvant jamais être actionné en justice, il est évident que le maître n'a pas à craindre d'être poursuivi par l'action *judicati de peculio*.

3° Une règle particulière aux fils de famille résulte de ce que le Sénatusconsulte Macédonien a défendu de leur prêter de l'argent. Toute action est refusée au prêteur, tant contre le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille, encore en puissance ou devenus *sui juris*, que contre le père ou l'aïeul. Le Sénat s'est ému de ce que souvent les enfants, ayant emprunté de l'argent qu'ils dissipent follement et se trouvant grevés de dettes, attentent à la vie de leurs parents (3).

Ce Sénatusconsulte Macédonien aurait été rendu sous le règne de Claude, d'après Tacite; sous le règne de Vespasien, d'après Suétone. Peut-être, rendu d'abord sous Claude, a-t-il été ensuite renouvelé sous Vespasien.

On nous donne, au Digeste, le texte même du Sénatusconsulte (4). Il semblerait, d'après ce texte, que Macedo était un usu-

(1) L. 3 §§ 5 et 9, D., *De peculio* (15, 1).
(2) L. 3 § 11, D., *De peculio.*
(3) Inst., § 7 *Quod cum eo.*
(4) L. 1 pr. *De Senatusc. Maced.* (14, 6).

rier : *Cùm, inter cæteras sceleris causas, Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, et sæpè materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet*... Au contraire, d'après Théophile, Macedo aurait été un fils de famille débauché et parricide : *Macedo quidam sic dictus Romæ fuit qui, in potestate cùm esset sui patris, ab aliquo mutuatus est, sperans mortuo patre suo fore ut debitum reddere posset; multo tempore elapso, instabat creditor debitum repetens: Macedo, non habens undè redderet (quî enim, cùm sub potestate esset?), patrem suum occidit*... (1).

D'après le texte des Institutes, le Sénatusconsulte est applicable lorsque c'est une *filiafamiliâs* qui a emprunté de l'argent. C'est une grave raison de croire qu'en principe une *filiafamiliâs* peut s'obliger civilement comme un *filiusfamiliâs* (2).

Il résulte des Institutes et du texte même du Sénatusconsulte que toute action est refusée au créancier. Toutefois nous voyons souvent que ce créancier agit, que seulement l'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* est opposée à son action. Cette contradiction n'est qu'apparente. Le magistrat refuse l'action lorsqu'il est constant pour lui que celui qui la demande a prêté de l'argent *contrà Senatusconsultum,* en violation du Sénatusconsulte ; au contraire, lorsqu'il y a doute sur ce point, le magistrat donne l'action en ajoutant une exception, et charge ainsi le juge d'apprécier les circonstances de l'affaire et de statuer en conséquence. Voici les principaux cas dans lesquels il peut y avoir doute, dans lesquels un examen minutieux des faits est nécessaire : Le demandeur convient d'avoir prêté de l'argent à un fils de famille, mais il prétend que le père y avait consenti (3); ou bien il prétend que la somme prêtée a profité au père (4) ; ou bien enfin il dit : « J'ai cru, et j'ai eu juste raison de le croire, que j'avais affaire à un *paterfamiliâs* » (5).

Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que le Sénatusconsulte Macédonien a un effet moins absolu que le Sénatusconsulte

(1) Traduction de Reitz.
(2) Comp., ci-dessus, p. 225 et 226.
(3) L. 12, D., *De Senatusc. Maced.*
(4) L. 7 § 12 *eod. Tit.*
(5) L. 3 pr. *eod. Tit.*

Velléien : le fils de famille qui emprunte de l'argent *contrà Senatusconsultum* est obligé naturellement (1).

DES ACTIONS NOXALES.

L'action noxale, nous le savons déjà, est toujours une action pénale : les actions pénales sont les seules qui puissent être données *noxaliter* (2). Au contraire les actions dont il a été question dans le Titre précédent (*quod jussu*, institoire et exercitoire, tributoire, *de peculio et de in rem verso*) sont toutes des actions *rei persecutoriæ*. — Il y a une autre différence. Les actions *quod jussu*, institoire et exercitoire, etc., ont toutes été établies par le Préteur. En est-il de même des actions noxales? Non: *sunt constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto Prætoris : legibus, veluti furti lege* XII *Tabularum, damni injuriæ lege Aquiliâ; edicto Prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum* (3).

L'adjectif *noxalis* vient évidemment du verbe *nocere*. Deux mots qui appartiennent à la même famille, ce sont les mots *noxa* et *noxia*. D'après les Institutes, *noxa* désigne l'auteur du dommage, *corpus quod nocuit, id est servus*, tandis que *noxia* désigne le délit même qui a été commis, *ipsum maleficium* (4). Mais nous voyons quelquefois dans les textes que *noxa* est pris comme synonyme de *noxia*.

L'action noxale est donnée en raison du délit d'un esclave. Elle est donnée contre le maître, à qui il est permis de payer la *litis æstimatio*, la peine infligée au délit, ou de faire abandon de l'esclave. La possibilité de cet abandon se justifie parce qu'il serait inique que, par suite du délit commis par son esclave, le maître subît une perte supérieure à la valeur de cet esclave (5).

(1) Voy., ci-dessus, p. 453 et 454.
(2) Voy., ci-dessus, p. 552.
(3) Inst., § 4 *De noxal. act.* (IV, 8). Comp. Gaius, IV, § 76.
(4) § 1 *De noxal. act.*
(5) Inst., pr. et § 2 *De noxal. act.* Comp. Gaius, IV, § 75.

Le maître de qui l'esclave a commis un délit à l'encontre d'un tiers peut faire l'abandon noxal avant toute poursuite, *antè litem contestatam :* en transférant son droit sur l'esclave à la personne victime du délit, il évite l'action (1). — Le maître peut aussi faire l'abandon avant la sentence, et par là il évite la condamnation (2). — Enfin l'abandon peut être fait par le maître, même après qu'il a été condamné. Les rédacteurs des Institutes le disent expressément : *domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre aut hominem noxæ dedere* (3). Dirons-nous que le maître ainsi condamné se trouve tenu d'une obligation alternative ? Non : cela ne serait pas absolument exact. *Decem aut noxæ dedere condemnatus*, dit Ulpien, *judicati in decem tenetur : facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accepit. At is qui stipulatus est decem aut noxæ dedere non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus. At judicium solius noxæ deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur : et ideò judicati decem agitur, his enim solis condemnatur ; noxæ deditio in solutione est, quæ e lege tribuitur* (4).

Le maître ne peut pas toujours éviter de payer la peine en abandonnant l'esclave. Ainsi on n'admet pas à faire l'abandon noxal celui qui mensongèrement a nié posséder l'esclave (5), ni celui qui, pouvant empêcher le délit, ne l'a pas empêché (6).

L'abandon noxal suppose que le maître mancipe l'esclave (7). Le *dominium* du maître est transféré à perpétuité à celui qui a souffert du délit. Du reste, si l'esclave parvient à se procurer de l'argent, de manière à désintéresser ce nouveau maître, *auxilio Prætoris* il pourra le forcer à lui donner la liberté (8). Je suis disposé à croire qu'anciennement cet *auxilium Prætoris* s'appliquait

(1) Gaius, L. 29, D., *De noxal. act.* (9, 4).
(2) Inst., § 31 *De action.*
(3) Pr. *in fine De noxal. act.* Voy. aussi § 1 *De officio judicis* (IV, 17).
(4) L. 6 § 1, D., *De re judic.* (42, 1).
(5) Paul, L. 2 § 1, D., *Si ex noxali causâ agatur* (2, 9).
(6) Ulpien, L. 2 pr., D., *De noxal. act.*
(7) Dans l'ancien droit, quand un fils de famille avait commis un délit, le père pouvait être poursuivi *noxaliter*. Il pouvait faire abandon noxal, en mancipant son fils. Voy. Gaius, IV, § 79.
(8) Inst., § 3 *De noxal. act.*

au fils de famille abandonné *noxaliter* par son père, et que c'est Justinien qui a permis à l'esclave de l'invoquer. Nous avons, en effet, un texte de Papinien où il est question seulement du fils de famille : *per hominem liberum noxæ deditum si tantum adquisitum sit quantum damni dedit, manumittere cogendus est a Prætore qui noxæ deditum accepit; sed fiduciæ judicio non tenetur* (1).

Noxalis actio caput sequitur : celui qui est victime du délit d'un esclave a un droit de créance, une action personnelle ; cependant il est investi d'un droit de suite. Si votre esclave a commis un délit, tant qu'il reste sous votre puissance, c'est contre vous que l'action existe; s'il passe sous la puissance d'un tiers, c'est ce tiers qui commence à être tenu de l'action ; s'il est affranchi, lui-même est tenu directement, et l'abandon noxal cesse d'être possible. A l'inverse, une action directe peut devenir noxale : si un homme libre commet un délit, et qu'il devienne ensuite votre esclave, l'action, qui était d'abord directe, devient noxale vis à vis de vous (2).

Du reste, pour être tenu de l'action noxale, il n'est pas nécessaire d'être propriétaire, il suffit d'être possesseur de l'esclave. Et même le propriétaire comme tel n'en est pas tenu, mais seulement en tant que possesseur (3).

Nous avons déjà remarqué que l'esclave s'oblige civilement par son délit. Nous voyons maintenant qu'on fait l'application de cette idée lorsqu'on nous dit : *Si manumissus fuerit, directò ipse tenetur* (4).

— Le délit qui donne lieu à l'action noxale, c'est le délit commis par l'esclave à l'encontre d'un *extraneus*. Si l'esclave commet un délit à l'encontre de son maître, il n'en résulte aucune action : car, entre le maître et l'esclave une obligation proprement dite ne peut jamais prendre naissance. Par conséquent, l'esclave vint-il à passer sous la puissance d'un tiers ou à être *manumissus*, action ne

(1) *Collatio leg. mosaic.*, Tit. II, chap. III.

(2) Inst., § 5 *De noxal. act.* Comp. Gaius, IV, § 77.

(3) Voy. LL. 11 et 13, D., *De noxal. act.* Voy. aussi la L. 28 *eod. Tit.*, déjà expliquée, t. I, p. 562 et 563.

(4) Comp. L. 14, D., *De oblig. et act.* (44, 7).

serait pas donnée à l'ancien maître contre le nouveau ou contre l'affranchi (1).

De même, en supposant qu'un esclave appartenant à autrui a commis un délit vis à vis de vous, et qu'ensuite il tombe sous votre puissance, l'action que vous aviez s'évanouit, *quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit :* aussi, vînt-il à sortir de votre puissance, vous ne pourrez pas agir (2). Telle est la doctrine que suivaient autrefois les Sabiniens et que Justinien a consacrée. Nous savons déjà que la maxime invoquée en ce sens n'est pas d'une vérité absolue et ne s'applique pas toujours (3). Les Proculiens décidaient autrement : suivant eux, si le *servus alienus* qui a commis un délit vis à vis de vous devient vôtre, tant qu'il est sous votre puissance, *quiescit actio, cùm ipse tecum agere non potes ;* mais, s'il sort de votre puissance, l'action ressuscite (4).

Dans l'ancien droit, le *filius* ou la *filiafamiliâs* qui commettait un délit pouvait être abandonné *noxaliter*, et le résultat de l'abandon était de le constituer *in mancipio* (5). Justinien annonce que cette ancienne règle a complétement disparu : *Nova hominum conversatio*, dit-il, *hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit*, *et ab usu communi hæc penitùs recessit* (6). Cette expression, *nova hominum conversatio* fait peut-être allusion à l'établissement du christianisme, peut-être aussi à l'adoucissement de la puissance paternelle.

Dans le droit de Justinien, la personne qui est victime du délit d'un fils de famille ne peut plus intenter contre le père une action noxale. Du reste, pourvu que le fils ait un pécule, elle ne sera pas obligée, pour obtenir quelque chose, d'attendre que ce fils soit devenu *sui juris :* elle poursuivra le fils, et, quand elle l'aura fait

(1) Inst., § 6 (1re phrase) *De noxal. act.* Comp. § 12 *De oblig. ex del.* (IV, 1).

(2) C'est, ajoute Justinien, comme quand un maître commet un délit envers son esclave : l'esclave devenu libre n'aura aucune action contre son ancien maître (§ 6 *in fine De noxal. act.*).

(3) Voy., ci-dessus, p. 208.

(4) Gaius, IV, § 78 *in fine.*

(5) Voy. Gaius, I, §§ 140 et 141.

(6) Inst., § 7 *De noxal. act.*

condamner, elle pourra intenter l'action *judicati de peculio* contre le père (1).

DE L'ACTION *DE PAUPERIE.*

Pour le cas où un animal a causé un dommage, il existe une action noxale établie par la loi des douze Tables. Le défendeur est libéré en abandonnant l'animal : telle est la disposition de la loi des douze Tables. C'est, par exemple, un cheval, qui, suivant son habitude, a lancé une ruade, un bœuf qui, suivant son habitude, a donné un coup de corne. Cette action suppose un fait contraire à la nature de l'animal; elle n'a pas lieu lorsque l'animal est naturellement sauvage. En conséquence, si un ours s'enfuit de chez son maître et cause un dommage, ce maître ne peut pas être poursuivi, attendu qu'il n'est plus propriétaire dès que l'animal s'est enfui. — On appelle *pauperies* un dommage causé *sine injuriâ facientis :* en effet, un animal qui manque de raison ne peut pas violer le droit (2).

L'action noxale établie par la loi des douze Tables se réfère aux animaux qui, de leur nature, sont, en général, inoffensifs. Il n'y a pas à distinguer s'ils sont ainsi inoffensifs originairement (un chien ou un cheval), ou s'ils le sont devenus après avoir été sauvages (par exemple, un ours). Seulement, dans ce dernier cas, si l'animal s'échappe et recouvre ainsi sa liberté naturelle, comme la personne à qui il appartenait n'en est plus propriétaire, elle cesse par là même d'être soumise à l'action noxale.

L'action dont il s'agit est donnée, comme action utile, lors même que le dommage a été causé par des animaux autres que des quadrupèdes (3).

Sans doute l'animal manque de raison, *ratione caret;* sans doute ses actes ne sont ni justes ni injustes, *non potest animal injuriam*

(1) Voy. la L. 3 § 11, D., *De peculio* (15, 1), et ci-dessus, p. 630.
(2) Inst., pr. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (IV, 9).
(3) Paul, L. 4, D., *Si quadr. pauper. fec. dic.* (9, 1).

fecisse dici. Cependant l'idée romaine paraît bien être que, pour l'animal comme pour l'esclave, il y a un écart de conduite dans le fait dommageable qui donne lieu à l'action noxale. On ne peut guère expliquer autrement la décision suivante : *Cùm arietes vel boves commisissent, et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut, si quidem is periisset qui adgressus erat, cessaret actio; si is qui non provocaverat, competeret actio. Quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere* (1).

La personne tenue de l'action noxale *de pauperie* peut être tenue en même temps d'une action édilitienne. L'Edit des Ediles défend d'avoir un chien, un porc, un sanglier, un ours ou un lion, dans un endroit par où passe le public, *quâ vulgò iter fit :* en cas de contravention à cette défense, pour blessures faites à un homme libre, le maître de l'animal sera condamné à la somme que le juge estimera convenable, et, pour tous autres dommages, au double du préjudice causé. Tenu de cette action édilitienne, le maître de l'animal n'en est pas moins tenu, s'il y a lieu, de l'action noxale *de pauperie* (2).

Justinien explique ainsi le cumul de l'action édilitienne et de l'action noxale : *nunquàm enim actiones, præsertim pœnales, de eâdem re concurrentes, alia aliam consumit.* Cette maxime générale a été empruntée au jurisconsulte Ulpien (3). Dans sa pensée, elle signifie simplement que, parce qu'une action a été exercée *de quâdam re,* il n'en résulte point qu'une nouvelle action ne pourra pas être exercée *de eâdem re.* Les mots *præsertim pœnales* s'expliquent parce que, si une chose ou une somme m'est due par *duo rei promittendi* ou par un débiteur et un fidéjusseur, l'action exercée contre l'un des obligés ne me permet pas, quoique non payé, d'agir contre l'autre (4).

Maintenant, un même fait peut-il donner lieu à deux condamnations dont chacune sera exécutée pour le tout? A cet égard, il faut distinguer :

(1) Ulpien, L. 1 § 11 *eod. Tit.*
(2) Inst., § 1 *Si quadr. pauper.*
(3) L. 130, D., *De reg. jur.*
(4) Voy. ci-dessus, p. 473 et 474.

Les actions pénales se cumulent pleinement lorsque dans le même fait matériel il y a véritablement deux délits séparés, indépendants l'un de l'autre. Ainsi, par un seul mot peut-être, vous adressez une grave injure à deux personnes : évidemment vous avez commis deux délits, et vous devez subir la peine de chacun. De même, pendant la nuit, vous saisissez mon esclave dans la rue, vous lui volez ses vêtements, et l'esclave ainsi dépouillé meurt de froid : vous êtes tenu de l'action *furti* et de l'action utile de la loi Aquilia (1) : vous aurez deux condamnations à exécuter. De même enfin, vous corrompez mon esclave et vous l'amenez ainsi à commettre un *furtum* à mon préjudice : vous êtes tenu de l'action *furti* et de l'action *servi corrupti*, vous avez encouru deux peines (2). Les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir jamais hésité sur ces solutions.

Mais il est possible aussi que le fait matériel soit indivisible en ce sens qu'on ne peut reconnaître qu'il constitue un certain délit sans reconnaître au même instant qu'il en constitue encore un autre. Ainsi, vous blessez mon esclave en le frappant de coups de bâton : ce fait implique le délit d'injures et le délit de la loi Aquilia, et l'homme éclairé à qui le fait est raconté les aperçoit immédiatement l'un et l'autre : il est impossible que le fait se présente à son esprit comme constituant seulement l'un des deux. Le juge devant qui sera portée l'action d'injures ou l'action de la loi Aquilia envisagera nécessairement le fait dans son ensemble, sous toutes ses faces. — Pour les cas de cette espèce, il y a eu controverse entre les jurisconsultes romains : c'est ce qui ressort clairement du texte suivant, emprunté au jurisconsulte Paul : *Qui servum alienum injuriosè verberat, ex uno facto incidit et Aquiliam et actionem injuriarum : injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpâ. Et ideò possunt utræ competere. Sed quidam, alterâ electâ, alteram consumi. Alii, per legis Aquiliæ actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et æquum esse condemnari eum qui æstimationem præstitit; sed, si antè injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquiliâ. Sed et hæc sententia per Prætorem inhibenda est, nisi in id quod amplius*

(1) L. 14 § 1, D., *De præscr. verb.* (19, 5).
(2) Comp. Inst., § 8 *De oblig. quæ ex del. nasc.* (IV, 1).

ex lege Aquiliâ competit agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam ut liceat ei quam voluerit actionem priùs exercere; quod autem amplius in alterâ est, etiam hoc exequi (1). Ainsi, d'après Paul, trois opinions sont en présence, savoir :

1° En exerçant l'une des deux actions, le maître perd le droit d'exercer l'autre;

2° En exerçant l'action de la loi Aquilia, il perd le droit d'exercer l'action d'injures, — tandis que, après avoir exercé celle-ci, il peut encore exercer l'autre, sauf à obtenir seulement *id quod amplius ex lege Aquiliâ competit;*

3° Le maître peut toujours intenter successivement les deux actions; mais par la deuxième il n'obtiendra que ce qu'elle a de plus avantageux que l'autre. C'est la doctrine de Paul (2).

Voici un *fragment* d'Hermogénien qui atteste également l'existence d'une controverse : *Cùm ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cùm arbores furtim cæsæ dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit* (3). Il ne faut point voir là l'indication d'une doctrine contraire à celle de Paul : en effet, pour Hermogénien, la question n'est point de savoir ce qui pourra être obtenu par la deuxième action, mais bien de savoir si une deuxième action est encore possible après qu'une première a été intentée.

Mais il est plus difficile de faire rentrer dans la même doctrine le texte suivant, emprunté à Modestin : *Plura delicta in unâ re plures admittunt actiones; sed non posse omnibus uti probatum est : nàm, si ex unâ obligatione plures actiones nascantur, unâ tantummodò, non omnibus, utendum est* (4). Certes ce texte paraît bien signifier que le créancier qui a intenté une de ses actions ne peut pas en intenter une autre. Pourtant il n'est pas absolument impossible que Modestin songe au cas où la condamnation serait la même sur les différentes actions, ou, mieux encore, au cas où le créancier a

(1) L. 34 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).
(2) Il la reproduit encore à propos d'une autre espèce : L. 1, D., *Arborum furtim cæsarum* (47, 7).
(3) L. 32, D., *De oblig. et act.*
(4) L. 53 pr. *eod. Tit.*

intenté d'abord l'action la plus avantageuse : alors ce serait toujours la doctrine de Paul.

Que décider dans le cas prévu aux Institutes, si par exemple un chien que je tiens *ibi quâ vulgò iter fit* a mordu l'esclave d'autrui ? Le juge devant qui est intentée l'action édilitienne aperçoit nécessairement qu'il y a lieu aussi à l'action noxale. Je crois donc que, d'après la doctrine de Paul, l'une des deux actions ayant été intentée, l'autre ne pourra plus aboutir qu'à procurer le *id quod amplius in eâ est*.

DES PERSONNES PAR QUI NOUS POUVONS AGIR.

Étudions successivement les principes admis du temps des actions de la loi et les principes admis ensuite.

I. Sous l'empire des actions de la loi, personne ne peut plaider pour autrui : *nemo alieno nomine lege agere potest* (1). Il paraît cependant que de très-bonne heure quelques exceptions ont été admises : Gaius l'indique dans un passage (Comment. IV, § 82) qui malheureusement ne nous est point parvenu en entier :

1° On peut plaider, au nom d'autrui, *pro populo*. Le mot *populus* est sans doute pris ici comme synonyme de *Respublica* et signifie une ville municipale (2).

2° On peut plaider, au nom d'autrui, *pro libertate*, c'est-à-dire comme *assertor libertatis* (3).

3° On peut plaider, au nom d'autrui, *pro tutelâ*, c'est-à-dire en qualité de tuteur (4). Nous savons qu'en général le tuteur se borne à autoriser le pupille, qu'il ne le représente pas en justice, à moins que ce pupille ne soit *infans* ou absent (5).

(1) Ulpien, L. 123 pr., D., *De reg. jur.*

(2) Comp. Gaius, L. 1 § 1, D., *Quod cujusc. universit.* (3, 4).

(3) Inst., pr. (1re phrase) *De iis per quos agere possumus* (IV, 10). Comp., ci-dessus, p. 544 et 545.

(4) Inst., *eod. loc.*

(5) Ulpien, L. 1 §§ 2 et 4, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7). Ci-dessus, p. 228.

4° Une loi Hostilia avait permis d'intenter l'action *furti* au nom de ceux qui étaient retenus chez l'ennemi ou qui étaient absents pour le service de l'État et au nom des pupilles qui se trouvaient sous la tutelle de ces personnes (1). La date de cette loi Hostilia est inconnue.

Enfin il paraît que l'action *repetundarum* pouvait être exercée *pro peregrinis*. C'est ce qu'on peut conclure notamment de ce passage de Cicéron : *Cùm lex ipsa de pecuniis repetundis sociorum atque amicorum populi romani patrona sit, iniquum est non eum legis judiciique actorem idoneum maximè putari quem actorem causæ suæ socii defensoremque fortunarum suarum potissimùm esse voluerunt* (2).

II. L'impossibilité de plaider, soit comme demandeur (*agere*), soit comme défendeur (*excipere actionem*), par le ministère d'une tierce personne, cette impossibilité avait dans la pratique de très-grands inconvénients : en effet, la maladie, l'âge, un voyage nécessaire, beaucoup d'autres causes, nous empêchent souvent de faire nous-mêmes nos affaires (3). Aussi, sous l'empire du système formulaire, fut-il admis d'une manière générale qu'on peut agir au nom d'autrui (4). On peut agir ainsi, dit Gaius, comme *cognitor* ou comme *procurator*, comme tuteur ou comme curateur (5).

Toutes les fois qu'une personne plaide *alieno nomine*, cela entraîne une modification dans la formule. Si cette personne joue le rôle de demandeur, la *condemnatio* est en son nom, l'*intentio* reste au nom du *dominus*. Il en est de même, si elle joue le rôle de défendeur, quand il s'agit d'une action *in personam ;* pour ce qui est de l'action *in rem*, nous savons que le nom du défendeur ne paraît jamais dans l'*intentio* (6).

(1) Inst., pr. (2e phrase) *De iis per quos ag. poss.*

(2) *In Cæcilium divinatio*, n° 20.

(3) Inst., pr. *in fine De iis per quos ag. poss.*

(4) Le mot *agir* est pris ici dans un sens très-large : il comprend, non-seulement le *agere* proprement dit, mais aussi le *actionem excipere*.

(5) Comment. IV, § 82.

(6) Gaius, IV, §§ 86 et 87.

Gaius, nous l'avons remarqué il y a un instant, parle du *cognitor* et du *procurator*. Il paraît que, du temps de Cicéron, on pouvait bien plaider *cognitorio*, mais non *procuratorio nomine* : c'est du moins ce qui semble résulter d'un passage du grand orateur romain (1).

En quoi donc le *cognitor* et le *procurator* diffèrent-ils l'un de l'autre ?

1° Le mode de constitution n'est pas le même. Le *cognitor* est constitué en termes solennels, en présence de l'adversaire. Il n'est pas nécessaire que le *cognitor* lui-même soit présent lorsqu'il est constitué; mais, s'il est absent, il ne deviendra *cognitor* qu'en acceptant la mission dont la partie le charge (2). Quant aux paroles à prononcer, elles ne sont pas tellement solennelles qu'on ne puisse absolument rien y changer : d'après Ulpien, on est ici moins rigoureux que dans les actions de la loi (3). La constitution du *cognitor*, comme la mancipation, comme l'*acceptilatio*, comme l'*expensilatio*, ne peut pas être faite sous condition; et peu importe qu'il s'agisse d'une condition qui, non exprimée, eût été considérée comme sous-entendue : toute condition exprimée emporte nullité (4).— Au contraire, pour constituer le *procurator* il n'y a point de paroles consacrées : il est constitué par simple mandat et à l'insu de l'adversaire. Même, suivant certains auteurs, on peut considérer comme *procurator* celui qui n'a point de mandat, pourvu qu'il intervienne de bonne foi et qu'il garantisse que le *dominus* ratifiera : si donc le *procurator* ne produit pas un pouvoir, il peut néanmoins agir, attendu que souvent l'existence du mandat est incertaine au début du procès et qu'ensuite elle est démontrée devant le juge (5). — Dans le droit de Justinien, on suit les règles autrefois admises relativement à la constitution du *procurator* (6).

2° La constitution du *cognitor* et celle du *procurator* n'ont pas le même effet. Quand c'est un *cognitor* qui a plaidé, l'action *judi-*

(1) *Pro Roscio comœdo*, 18.
(2) Gaius, IV, § 83.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 318.
(4) *Fragm. du Vatican*, § 329.
(5) Gaius, IV, § 84.
(6) Inst., § 1 *De iis per quos ag. poss.*

cati est donnée au *dominus* ou contre le *dominus* : en effet, un *cognitor* ne peut intenter l'action *judicati* ni s'y trouver soumis qu'autant qu'il a été fait *cognitor in rem suam*. Lors, au contraire, qu'il s'agit d'un *procurator*, en vertu de l'Edit perpétuel c'est à lui et contre lui, non au *dominus* ou contre le *dominus*, qu'est donnée l'action *judicati* (1). — Du reste, les jurisconsultes finirent par admettre que, là où la procuration est certaine, là où il s'agit du *procurator præsentis*, l'effet est le même que s'il y avait eu constitution d'un *cognitor*, le *dominus* est pleinement représenté : *cùm apud acta non nisi a præsente domino procurator constituatur, cognitoris loco intelligendus est* (2).... *Domino, causâ cognitâ, dabitur et in eum judicati actio* (3). Je crois, en conséquence, qu'Ulpien a pu écrire ceci : *Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur ; si se obtulit, in ipsum dabitur* (4). Et, de même que le *dominus* a l'action *judicati*, de même il aurait l'action résultant d'une promesse faite au *procurator* dans le cours de l'instance : *Si procuratori præsentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit* (5).

— Nous ne reviendrons pas ici sur les différentes classes de tuteurs et de curateurs (6). Le tuteur, suivant les cas, peut pleinement représenter son pupille, comme un *cognitor* ou comme un *procurator præsentis*. C'est ce que dit Ulpien : *Si tutor condemnavit* (a obtenu condamnation) *sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potiùs actio judicati datur, et maximè si non se liti obtulit, sed cùm non posset, vel propter absentiam vel propter infantiam, auctor ei esse ad accipiendum judicium*... (7). Le curateur peut également représenter le *furiosus* ou le mineur de vingt-cinq ans (8).

(1) *Fragm. du Vatican*, § 317 *in fine*. Voy. aussi Gaius, IV, §§ 97 et 98.
(2) *Fragm. du Vatican*, § 317 (au commencement).
(3) Mêmes *Fragments*, § 331.
(4) L. 4 pr., D., *De re judic.* (42, 1).
(5) Ulpien, L. 79, D., *De verbor. oblig.* (45, 1).
(6) Inst., § 2 *De iis per quos agere poss.*
(7) L. 2 pr., D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).
(8) Papinien, L. 5 pr., D., *Quandò ex facto tut.* (26, 9) ; Antonin Caracalla, L. 1, C., *eod. Tit.* (5, 39).

DES SATISDATIONS.

Il faut soigneusement distinguer ici les principes de l'ancien droit et les principes du droit de Justinien. *Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est* (1). Du reste, dans le nouveau droit comme dans l'ancien, la matière des satisdations se rattache naturellement à celle des actions intentées ou soutenues *alieno nomine*.

I. *Ancien droit.* — Supposons d'abord une action *in rem*. Le possesseur doit *satisdare*, de telle sorte que, si, ayant succombé, il ne restitue pas la chose et ne paie pas la *litis æstimatio*, le demandeur puisse s'attaquer à lui ou à ses fidéjusseurs. C'est ce qu'on appelle la *satisdatio* JUDICATUM SOLVI. Elle doit être fournie, à plus forte raison, lorsque le défendeur à l'action *in rem* plaide *alieno nomine* (2). — Du temps de Gaius, la satisdation *judicatum solvi* était donnée seulement quand on agissait *per formulam petitoriam*; lors, au contraire, qu'on agissait *per sponsionem*, il y avait lieu à la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* (3). — La caution *judicatum solvi* comprend trois engagements distincts : *Judicatum solvi stipulatio*, dit Ulpien, *tres clausulas in unum collatas habet : de re judicatâ, de re defendendâ, de dolo malo* (4).

Quant à celui qui intente l'action *in rem*, s'il agit en son nom, il n'a point de satisdation à fournir. S'il agit en qualité de *procurator*, il doit fournir la caution *ratam rem dominum habiturum*, attendu que le défendeur peut craindre que le *dominus* ne soulève de nouveau la même question (5). Enfin, si l'action est intentée par un *cognitor* (ajoutons : ou par un *procurator præsentis*), il n'y a aucune caution à fournir au défendeur : en effet, *de quâ re quisque per cognitorem egerit, de eâ non magis ampliùs actionem*

(1) Inst., pr. (1re phrase) *De satisdat.* (IV, 11).
(2) Inst., pr. (1er alinéa) *De satisdat.* Comp. Gaius, IV, §§ 89 et 90.
(3) Gaius, IV, §§ 91 et 94 *a*.
(4) L. 6, D, *Judic. solvi* (46, 7).
(5) Inst., pr. *De satisdat.*

habet quàm si ipse egerit (1). — Le tuteur ou curateur qui intente l'action *in rem* doit, aux termes de l'Edit, fournir caution, comme le *procurator;* mais quelquefois on l'en dispense, dit Gaius (2). Ulpien va plus loin, et surtout il est plus précis : *Vulgò observatur,* dit-il, *ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in judicium deducit. Quid tamen si dubitetur an tutor sit vel an duret tutor vel an gestus illi commissus sit? Æquum est adversarium non decipi. Idem et in curatore est, ut Julianus scripsit* (3).

— Passons à ce qui concerne l'action *in personam.* Relativement au demandeur, il n'y a qu'à répéter ce que nous avons dit en supposant une action *in rem.* Relativement au défendeur, s'il plaide *proprio nomine,* il n'a point à fournir de caution *judicatum solvi;* si au contraire il plaide *alieno nomine,* il doit toujours *satisdare,* attendu que *nemo defensor in alienâ re sine satisdatione idoneus esse creditur.* Voilà ce que disent les Institutes (4). Gaius nous donne quelques détails de plus :

1° Du moment que le défendeur à l'action personnelle n'est pas le *dominus,* n'est pas la partie intéressée elle-même, caution doit être fournie au demandeur. Mais par qui sera fournie cette caution? S'il s'agit d'un *cognitor,* elle sera fournie par le *dominus;* si au contraire il s'agit d'un *procurator,* d'un tuteur ou d'un curateur, c'est par lui-même qu'elle sera fournie (5).

2° Si le défendeur à l'action personnelle agit *proprio nomine,* caution doit être fournie dans certains cas indiqués par le Préteur. Il y a ici une distinction à faire : tantôt la caution est exigée *propter genus actionis,* et tantôt *propter personam, quia suspecta sit.* D'abord *propter genus actionis :* c'est le cas de l'action *judicati,* de l'action *depensi,* de l'action *de moribus mulieris.* En second lieu, *propter personam :* le défendeur a fait banqueroute (*decoxit*), ou bien ses créanciers se sont fait envoyer en possession ou ont au-

(1) Gaius, IV, §§ 97 et 98. Voy. aussi les *Fragm. du Vatican,* § 317, au commencement.

(2) Comment. IV, § 99. Comp. Inst., pr. *in fine De satisdat.*

(3) L. 23, D., *De admin. et peric. tut.* (26, 7).

(4) § 1 *De satisdat.*

(5) Gaius, IV, § 101 *in fine.*

noncé la vente, ou bien enfin il s'agit d'un héritier que le Préteur juge suspect (1).

II. *Droit de Justinien.* — Je ne m'arrêterai pas longtemps sur ce sujet : il n'offre pas un bien grand intérêt au jurisconsulte. Comme le dit Justinien lui-même, *quæ omnia apertiùs et perfectissimè a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent* (2).

Celui qui joue le rôle de défendeur *suo nomine* doit seulement garantir ou jurer qu'il restera dans l'instance *usque ad terminum litis* (3).

Si celui qui joue le rôle de demandeur agit *alieno nomine*, à moins que le mandat n'ait été insinué ou que le *dominus* en personne ne l'ait confirmé, le défendeur peut exiger la caution *ratam rem dominum habiturum* (4).

Lorsqu'une personne est assignée et qu'étant présente elle veut donner un *procurator*, elle peut venir en justice, et par la caution *judicatum solvi* confirmer son *procurator*, ou bien fournir extrajudiciairement une satisdation, de manière à devenir elle-même fidéjusseur du *procurator* pour toutes les clauses de la caution *judicatum solvi*. Elle doit également hypothéquer ses biens. Enfin, elle doit garantir qu'elle comparaîtra lors de la sentence, faute de quoi le fidéjusseur paiera le montant de la condamnation (5).

Si la personne assignée n'est pas présente, et qu'un tiers veuille prendre sa défense, il le peut en fournissant la satisdation *judicatum solvi* (6).

Les dispositions dont il s'agit sont applicables, non-seulement à Constantinople, mais dans toutes les provinces de l'Empire (7).

(1) Gaius, IV, § 102. Sur les actions *judicati* et *depensi*, comp. même Comment. IV, § 25 *in fine*.

(2) Inst., § 6 *De satisdat.*

(3) § 2 *eod. Tit.*

(4) § 3 *eod. Tit.*

(5) § 4 *eod. Tit.*

(6) § 5 *eod. Tit.*

(7) § 7 *eod. Tit.*

DES ACTIONS PERPÉTUELLES ET DES ACTIONS TEMPORAIRES. — DES ACTIONS TRANSMISSIBLES AUX HÉRITIERS OU CONTRE EUX.

Nous nous plaçons sous l'empire du système formulaire. Nous nous demandons : 1° si, le droit d'agir étant né à mon profit, je puis indéfiniment m'adresser au magistrat pour obtenir de lui délivrance d'une formule; 2° si, lorsqu'une action pouvait être intentée par Titius contre Mævius, l'un d'eux venant à mourir, l'action pourra encore être intentée par l'héritier de Titius ou contre l'héritier de Mævius.

Ne confondez pas la première de ces questions avec une autre, que je veux indiquer tout d'abord : la formule de l'action une fois délivrée, y a-t-il un délai dans lequel la sentence devra nécessairement être rendue? Il y a, en effet, un délai; du reste, ce délai varie suivant que le *judicium* est *legitimum* (*legitimo jure consistens*) ou *imperio continens*. Le *judicium* est dit *legitimum* lorsque l'instance est engagée à Rome, ou à moins d'un mille de Rome, entre citoyens romains, et sous un seul juge; au contraire, le *judicium est imperio continens* lorsqu'il est *recuperatorium* (1), lorsque le juge ou l'un des plaideurs est pérégrin, lorsque l'instance est engagée à plus d'un mille de Rome. Quand le *judicium* est *legitimum*, la sentence, aux termes de la loi Julia *judiciaria*, ne peut être rendue que dans le délai d'un an et six mois; quant au *judicium imperio continens*, il est ainsi appelé parce qu'il n'a de force que pendant la durée de l'*imperium* du magistrat qui l'a organisé (2).

Sur le *judicium legitimum*, Gaius fait une observation importante : « Un *judicium*, dit-il, peut venir *ex lege* sans être *legitimum*, ou, à l'inverse, ne pas venir *ex lege* et cependant être *legitimum*. Par exemple, si l'on agit dans une province, en vertu de la loi

(1) Voy., ci-dessus, p. 469 et 470.
(2) Gaius, IV, §§ 103-105.

Aquilia, ou de la loi Ovinia, ou de la loi Furia, on aura un *judicium imperio continens ;* de même, si l'on agit à Rome devant des *recuperatores*, ou devant un seul juge, mais *interveniente peregrini personâ*. A l'inverse, si, dans un cas où l'Édit du Préteur donne action, une instance s'engage à Rome, *sub uno judice*, entre citoyens romains, il y a *judicium legitimum* » (1). Des trois lois citées par Gaius, la loi Aquilia nous est connue ; la loi Ovinia peut être la même que mentionne Festus (2) ; la loi Furia n'est point la loi Furia *testamentaria*, car il paraît qu'elle n'était plus en vigueur du temps de Gaius (3) ; c'est sans doute la loi Furia *de sponsu* (4).

Dans tous les cas où l'on peut dire *judicium exspiravit*, parce que la sentence n'a pas été rendue dans le délai fixé, le défendeur n'a plus à craindre de poursuites. Est-il absolument libéré ? Non : il reste soumis à une obligation naturelle. Deux textes ont été avec raison entendus en ce sens. Dans le premier (5), le jurisconsulte Venuleius suppose que le débiteur a payé entre les mains d'un homme *qui satisdedit dominum ratam rem habere ;* cependant le créancier actionne le débiteur et *litem amittit* (n'obtient pas jugement dans le délai voulu) ; le débiteur, ayant ainsi été poursuivi, agit *ex stipulatu* contre le tiers entre les mains de qui il a payé : si le créancier prend la défense du tiers, l'exception de dol sera utilement opposée, *quia naturale debitum manet*, parce que, nonobstant la poursuite entamée contre lui, le demandeur actuel est encore obligé naturellement. Dans le deuxième texte (6), Paul suppose qu'un esclave donné en gage a été tué par un tiers : il s'agit de

(1) Gaius, IV, § 109.

(2) Voy. notre t. I, p. 60 et 61.

(3) Voy notre t. I, p. 777. — Cependant Ulpien, à propos de cette loi Furia, parle encore au présent : *Lex Furia testamentaria plus quàm mille assium legatum mortisve causa prohibet capere....* (*Fragments*, Titre préliminaire, § 2).

(4) Gaius suppose ici qu'on agit en province; dans un autre passage, à propos de la loi Furia *de sponsu* (Comment. III, §§ 121 et 122), il dit : *Tantùm in Italiâ locum habet, tantùm in Italiâ valet*. La loi Furia était, sans doute, applicable par cela seul que le contrat avait été fait en Italie, lors même qu'ensuite l'action était intentée *in provinciâ*.

(5) L. 8 § 1, D., *Ratam rem haberi* (46, 8).

(6) L. 30 § 1, D., *Ad leg. Aquil.* (9, 2).

savoir si le créancier gagiste peut exercer l'action utile de la loi Aquilia : « Il y aurait intérêt, dit Paul, soit à cause de l'insolvabilité du débiteur, soit parce que *litem tempore amisit.* » Le jurisconsulte suppose que le créancier avait intenté l'action personnelle, et que le délai s'était écoulé sans qu'il eût obtenu jugement: il n'en a pas moins conservé sa qualité de gagiste, ce qui prouve bien qu'il subsiste une obligation naturelle (1).

Revenons aux deux questions principales que nous avons à traiter ici.

I. Le droit d'agir étant né en ma personne, pendant combien de temps puis-je l'exercer? Si j'ai une action civile dérivant d'une loi ou d'un Sénatusconsulte, je pourrai indéfiniment m'adresser au Préteur, l'action est perpétuelle; au contraire l'action prétorienne ne dure, en général, qu'un an. Cependant il y a des actions prétoriennes qui sont traitées comme les actions civiles : telles sont les actions que le Préteur donne aux *bonorum possessores* et aux autres personnes qu'il met *heredis loco*. L'action *furti manifesti*, bien que prétorienne, est perpétuelle: cela devait être, une peine pécuniaire ayant remplacé une peine capitale (2).— Nous savons déjà que le *sponsor* et le *fidepromissor*, qui assurément sont tenus d'une action civile, se trouvent libérés *biennio*, dès que deux ans sont écoulés. Quel est le point de départ des deux ans? Je suis disposé à croire que c'est le jour même où est née l'obligation, et non pas seulement le jour où le créancier a pu agir.

Paul indique très-bien la distinction à faire quant aux actions prétoriennes. *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quæ rei persecutionem habeant, hæ etiam post annum darentur, cæteræ intrà annum... Illæ autem rei persecutionem continent quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cùm agimus cum bonorum possessore debitoris nostri; item Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed, cùm rescissâ usucapione redditur, anno finitur, quia contrà jus civile datur* (3). Ainsi l'action

(1) Comp. M. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 371 et suiv.

(2) Gaius, IV, §§ 110 et 111.

(3) L. 35 pr., D., *De oblig. et act.* (44, 7).

prétorienne *rei persecutoria* est perpétuelle quand elle sert à étendre un principe du droit civil; elle est annale quand elle tend, au contraire, à combattre, à corriger un principe du droit civil.

L'année donnée pour agir ne se compte pas comme en matière d'usucapion (1) : *in omnibus temporalibus actionibus*, dit Paul, *nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem* (2). — C'est, d'ailleurs, suivant toute apparence, une année utile et non pas une année continue. Cela est dit expressément pour l'action d'injures (3).

— Aux termes d'une Constitution de Théodose le Jeune, aucune action ne peut durer plus de trente ans *ex quo jure competere cœpit*, sauf en faveur des pupilles (4). L'empereur Anastase établit une prescription de quarante ans (5), et l'empereur Justin l'applique spécialement à l'action hypothécaire dirigée contre le débiteur (6). Le possesseur qui, à cause de sa mauvaise foi, ne peut pas acquérir la propriété par usucapion ou par prescription de long temps, ce possesseur peut du moins, au bout de trente ans, se défendre contre la revendication du propriétaire, pourvu que sa possession ne soit pas entachée du vice de violence (7). — C'est à ces différentes décisions que Justinien se réfère lorsqu'il dit, à propos des actions civiles, autrefois perpétuelles : *Sacræ Constitutiones tàm in rem quàm in personam actionibus certos fines dederunt* (8).

— Je ne connais aucun texte duquel on puisse conclure sûrement que le débiteur libéré *tempore* reste soumis à une obligation naturelle. Mais il me semble qu'il doit en être ainsi, qu'il y aurait lieu du moins d'admettre certains effets de l'obligation naturelle (9).

(1) Voy. notre t. I, p. 563 et 564.
(2) L. 6, D., *De oblig. et act.*
(3) L. 14, § 2, D., *Quod metùs causâ* (4, 2).
(4) Comp. L. un., C. Th., *De act. certo temp.* (4, 14), et L. 3, C. J., *De præscr.* XXX *vel* XL *ann.* (7, 39).
(5) L. 4, C., *eod. Tit.*
(6) L. 7 § 1, C., *eod. Tit.*
(7) L. 8, C., *eod. Tit.*
(8) Inst., pr. *De perp. et tempor. act.* (IV, 12).
(9) M. Machelard, qui traite longuement et savamment la question, se range à l'opinion contraire (*op. cit.*, p. 446 et suiv.).

II. Toute action que j'aurais pu exercer contre Titius n'est pas transmissible contre son héritier. Nous savons déjà que les actions pénales ne sont point transmissibles contre l'héritier du délinquant (1). Après avoir dit que, parmi les actions honoraires, celles qui sont *rei persecutoriæ* peuvent être données *etiam post annum*, Paul ajoute : *Honorariæ autem quæ post annum non dantur* (c'est-à-dire celles qui ont un caractère pénal) *nec in heredem dandæ sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur : sicut fit in actione doli mali, et interdicto undè vi, et similibus* (2).

A l'inverse, toute action que pourrait exercer Titius est-elle transmissible à l'héritier de Titius ? Oui, dit Gaius, *exceptâ injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur actio* (3). De l'action d'injures on peut rapprocher, sous ce rapport, la *querela inofficiosi testamenti* (4).

Quand nous disons que certaines actions ne sont pas transmissibles aux héritiers ou contre les héritiers, nous supposons que l'action n'est pas encore intentée au moment où s'ouvre la succession : *Pœnales actiones quas suprà diximus*, lisons-nous aux Institutes, *si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, et heredibus dantur et contrà heredes transeunt* (5). — Voici, à cet égard, un texte de Paul qui est assez embarrassant : *Constitutionibus, quibus ostenditur heredes pœnâ non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam pœnæ persecutionem transmissam videri, quasi lite contestatâ cum mortuo* (6). Probablement, il s'agit là d'une peine fiscale poursuivie *extrà ordinem*, et le délinquant était mort après avoir été actionné, *post conventionem*, mais, bien entendu, sans qu'il y eût eu véritablement *litis contestatio*.

Il arrive quelquefois, dit Gaius, que l'action même qui dérive d'un contrat n'est point donnée à l'héritier ni contre l'héritier : ainsi, l'héritier de l'*adstipulator* n'a point l'action, et l'héritier du

(1) Voy., ci-dessus, p. 552.
(2) L. 35 pr., D., *De oblig. et act.*
(3) Comment. IV, § 112 *in fine.*
(4) Voy. notre t. I, p. 700.
(5) § 1 *in fine De perp. et tempor. act.*
(6) L. 33, D., *De oblig. et act.*

sponsor ou *fidepromissor* n'est point tenu (1). — Dans le droit de Justinien, il n'y a plus d'*adstipulator* : aussi les Institutes ne parlent-elles point d'action *ex contractu* non transmissible à l'héritier. De même, il n'y a plus de *sponsor* ni de *fidepromissor ;* cependant les Institutes disent, comme Gaius : *Aliquandò etiam ex contractu actio contrà heredem non competit.* Quelle application cela peut-il avoir dans le droit de Justinien? Les rédacteurs des Institutes ont voulu en indiquer une : *testator dolosè versatus est, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit* (2). Mais il y a là un véritable *lapsus*, comme le prouve suffisamment ce texte de Papinien : *Ex facto rei promittendi, doli stipulatio heredem ejus tenet, sicut ex cæteris aliis contractibus, veluti mandati, depositi* (3). Il est de principe que l'obligation qui tient au dol d'une partie liée par contrat est une obligation contractuelle : l'action n'est point considérée comme pénale, et l'héritier est tenu. Seulement, au cas de dépôt nécessaire, l'action fondée sur le dol du dépositaire aurait pu être donnée au double contre lui, tandis qu'elle ne sera jamais donnée qu'au simple contre son héritier (4).

DES EXCEPTIONS.

Une exception est un moyen de défense : *comparatæ sunt exceptiones defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur* (5). Nous en avons déjà parlé plusieurs fois, notamment à propos de l'extinction des obligations.

Mais quel est le caractère essentiel, le caractère distinctif de ce moyen de défense? A en croire Gaius et Justinien, c'est de faire prévaloir l'équité contre la rigueur du droit civil : *sæpè enim ac-*

(1) Comment. IV, § 113.
(2) § 1 (avant-dernière phrase) *De perp. et tempor. act.*
(3) L. 121 § 3, D., *De verbor. oblig.* (45, 1).
(4) Inst., § 17 *in fine De action.*
(5) Gaius, IV, § 116 (au commencement); Inst., pr. *De except.* (IV, 13).

cidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari. Mais toutes les exceptions n'ont point ce caractère : ainsi, par exemple, l'exception *rei judicatæ* a été instituée dans un tout autre but, et bien souvent, par l'effet de cette exception, une personne sera victime d'une véritable iniquité. Ce qui est vrai, c'est que beaucoup d'exceptions, mais non pas toutes, assurent le triomphe de l'équité et de la bonne foi. Quel est donc, en définitive, le signe qui se retrouve dans toutes les exceptions et qui ne se trouve point dans les autres moyens de défense? L'exception consiste essentiellement en ce que le défendeur qui l'invoque ne s'attaque pas directement à la prétention du demandeur pour soutenir qu'elle n'est pas fondée, mais il allègue un droit indépendant, de manière à paralyser celui que peut avoir le demandeur. Exemple. Titius intente contre moi une *condictio certi*, en prétendant que je lui dois 10 sous d'or qu'il m'a prêtés : si pour ma défense je dis « Je ne les dois pas, car je les ai rendus, » évidemment j'attaque de front la prétention de mon adversaire, je n'invoque point une exception; si au contraire je dis « Oui, je vous dois 10 sous d'or, mais il a été convenu entre nous que vous ne me les demanderiez pas, » c'est une exception que j'invoque.

Là où une exception est invoquée par le défendeur, sa condamnation se trouve subordonnée à deux conditions. Le juge ne le condamnera qu'autant qu'il aura reconnu 1° que la prétention du demandeur en elle-même est fondée, et 2° que l'exception n'est pas justifiée. Il est donc facile de comprendre que l'exception se trouve toujours conçue en forme de négation, *nisi*..., *si non*... (1) : elle se présente dans la formule sous l'apparence d'une condition négative. Suivant l'expression de Cicéron, là où il n'y a pas d'exception, nous avons un *judicium purum* (2).

Le mot *præscriptio* désigne souvent une espèce d'exception mise en tête de la formule. La question soulevée par le défendeur est de telle nature qu'il peut y avoir avantage à ce que le juge s'en occupe tout d'abord. Ainsi, je forme une demande contre Titius, et Titius allègue qu'il y a chose jugée : le juge s'occupera d'abord

(1) Voy. Gaius, IV, § 119; Paul, L. 22 pr., D., *De except.* (44, 1).
(2) *De invent.*, II, 20.



de cette allégation, parce que, s'il la reconnaît exacte, il n'aura même pas besoin d'apprécier ma demande en elle-même (1). De même, quand je revendique un immeuble contre une personne qui invoque la *possessio longi temporis*, le juge commence par rechercher si les conditions voulues pour cette *possessio* existent réellement.

Du reste, dans l'ancien droit, le mot *præscriptio* avait encore un autre sens : il pouvait y avoir *præscriptio* dans l'intérêt du demandeur (2). Nous en avons déjà trouvé un exemple dans le cas où j'ai stipulé *decem aureos annuos quoad vivam* (3). Gaius nous en donne un deuxième exemple. J'ai acheté un fonds ; je voudrais que le vendeur me le mancipe, sauf à me le livrer plus tard. Si j'intente l'action *ex empto*, il faudra que j'aie bien soin de faire mettre une *præscriptio* en tête de la formule : *ea res agatur de fundo mancipando*. Autrement, j'épuiserais mon action *ex empto*, et je ne pourrais pas plus tard l'employer pour obtenir la tradition (4). — Lorsqu'une personne soumise à ma puissance a stipulé qu'elle pourrait faire une certaine chose, c'est bien moi qui deviens créancier, mais ce n'est pas moi qui puis accomplir le fait stipulé (5) : si j'intente l'action *ex stipulatu*, il paraît qu'ici encore une *præscriptio* est nécessaire (6). — La *præscriptio*, insérée *loco demonstrationis*, est conçue en termes différents, suivant que l'action est dirigée contre celui-là même *qui incertum promisit*, ou contre un *sponsor*, ou contre un fidéjusseur (7).

Gaius nous apprend que de son temps le mot *præscriptio* désigne seulement le moyen qui est dans l'intérêt du demandeur : *omnes præscriptiones ab actore proficiscuntur*. « Autrefois, dit-il, il y en avait aussi dans l'intérêt du défendeur. Telle était cette *præscriptio* : EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT.

(1) Papinien parle effectivement de *præscriptio rei judicatæ*. L. 29 pr., D., *De except. rei judic.* (44, 1).
(2) Gaius, IV, § 130.
(3) Voy., ci-dessus, p. 189 et 190.
(4) Gaius, IV, § 131.
(5) Voy., ci-dessus, p. 244 et 245.
(6) Gaius, IV, §§ 134 et 135.
(7) Gaius, IV, §§ 136 et 137.

Elle se présente aujourd'hui sous forme d'exception, *nunc in speciem exceptionis deducta est ;* et elle a lieu lorsque celui qui se prétend héritier veut faire préjuger la question d'hérédité, *præjudicium hereditati facit,* en exerçant une autre action que la *petitio hereditatis*, par exemple en revendiquant des objets particuliers... (1).

— Tant que le système des actions de la loi a été en vigueur, il n'y avait point d'exceptions (2). Les exceptions ont pris naissance avec le système formulaire. Nous avons déjà vu, en parlant de l'extinction des obligations, que, même après l'abrogation du système formulaire, il peut encore y avoir intérêt à distinguer les exceptions et les autres moyens de défense (3).

DÉTAILS SUR LES PRINCIPALES EXCEPTIONS.

Celui qui s'oblige par stipulation sous l'empire de la crainte, du dol ou de l'erreur, celui-là est tenu en droit civil, et la *condictio* sera valablement intentée contre lui. Mais il est inique qu'il soit condamné : en conséquence, on lui donne une exception *metùs causâ*, ou *doli mali*, ou *in factum composita,* pour repousser l'action (4).

Les exceptions dont il s'agit ne servent pas seulement à repousser l'action *in personam :* elles peuvent également être employées par le défendeur à l'action *in rem*. Titius, par la violence ou par le dol, m'amène à lui manciper une chose : s'il la revendique ensuite contre moi, j'aurai une exception pour le repousser. — Gaius, à ce propos, cite une autre exception : « Si sciemment vous achetez d'un non-possesseur un fonds litigieux, et qu'ensuite vous le demandiez au possesseur, il vous opposera une exception au moyen de laquelle vous serez complétement repoussé » (5). Justinien a modifié les anciens principes sur l'acquisition des

(1) Gaius, IV, § 133. Comp. le même Gaius, L. 1 § 1, D., *Famil. ercisc.* (10, 2).

(2) Gaius, IV, § 108.

(3) Voy., ci-dessus, p. 416 et 417.

(4) Inst., § 1 *De except.*

(5) Gaius, IV, § 117.

choses litigieuses. Dans le droit de Justinien, une certaine chose étant l'objet d'un procès entre deux personnes, que je l'acquière du demandeur ou du défendeur, que je l'acquière *sciens* ou *ignorans*, dans tous les cas l'acquisition est nulle (1).

L'exception *metûs* ne fait-elle pas double emploi avec l'exception *doli mali?* On pourrait le croire : car celui qui s'oblige envers vous sous l'empire de la crainte que vous lui inspirez pourra certainement vous opposer avec succès l'exception *doli mali*. L'exception *metûs* est cependant fort utile, parce que le défendeur l'invoquera dans certains cas où il ne pourrait pas invoquer l'exception de dol : *Metûs causâ exceptionem*, dit Ulpien, *Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quæ est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid a doli exceptione, quòd exceptio doli personam complectitur ejus qui dolo fecit ; enimverò metûs causâ exceptio in rem scripta est* : SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST... (2). L'exception de dol, comme le dit le même Ulpien, est ainsi conçue : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO ACTORIS FACTUM EST. *Docere igitur debet is qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum ; nèc sufficiet ei ostendere in re esse dolum. Aut, si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodò hæ sint quarum dolus noceat* (3). Ces derniers mots font allusion à la règle d'après laquelle, Titius ayant commis un dol à mon égard, je puis opposer l'exception *doli mali*, non-seulement à Titius, mais à son ayant-cause à titre gratuit, légataire, donataire, etc. (4).

Le texte des Institutes (§ 1 *h. Tit.*) suppose un homme qui a fait une promesse *errore lapsus*, sous l'empire d'une erreur. Il ne s'agit pas d'une erreur qui exclut tout accord de volontés : car alors le contrat serait radicalement nul (5). Il s'agit d'une erreur qui a déterminé le promettant à s'obliger. Par exemple, je crois, à tort, être votre débiteur, et vous croyez à tort être le débiteur de Titius ; sur votre ordre, je promets à Titius ce que je crois vous de-

(1) L. 4, C., *De litigiosis* (8, 37).
(2) L. 4 § 33, D., *De doli mali et met. except.* (44, 4).
(3) L. 2 § 1 *eod. Tit.*
(4) L. 4 §§ 27-31 *eod. Tit.*
(5) Inst., § 23 *De inutil. stipulat.* (III, 19); ci-dessus, p. 220.

voir : la vérité étant ensuite reconnue, si Titius me poursuit, je le repousserai par l'exception de dol (1).

L'exception *in factum composita* dont parle le texte des Institutes sera donnée, suivant les circonstances, lorsqu'il y aurait inconvénient à donner l'exception de dol, comme par exemple si le demandeur est l'ascendant ou le patron du défendeur (2) : alors on exposera les faits sans les qualifier.

Titius a stipulé de vous une certaine somme, comme allant vous la prêter, et, en définitive, il ne vous a pas compté les écus : il est certain que vous êtes tenu *ex stipulatione*, et qu'il a contre vous la *condictio*. Mais, comme il serait inique que vous fussiez condamné, on admet que vous devez vous défendre par l'exception *non numeratæ pecuniæ* (3).

Nous avons déjà parlé de cette exception *non numeratæ pecuniæ*, à propos des obligations littérales (4).

Il paraît que, du temps de Gaius, celui qui s'était engagé d'avance, en vue d'un prêt qu'on ne lui faisait pas, avait simplement l'exception *doli mali*. Gaius cite précisément le cas dont il s'agit comme exemple d'un cas où est donnée l'exception de dol (5). Ulpien lui-même mentionne encore l'exception de dol comme s'appliquant dans le cas qui nous occupe (6). Ailleurs, il mentionne bien l'exception *non numeratæ pecuniæ*, mais dans une hypothèse où c'est un patron qui poursuit son affranchi (7).

Nous savons déjà que le délai dans lequel il est permis d'invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, de cinq ans a été réduit à deux par Justinien. Dans ce délai, le promettant, s'il n'est pas poursuivi, doit *condicere obligationem*, agir contre le stipulant pour obtenir de lui *acceptilatio* (8).

(1) L. 7 § 1, D., *De doli mali et met. except.* Voy. un autre exemple dans la L. 17 pr. *eod. Tit.*
(2) L. 4 § 16 *eod. Tit.*
(3) Inst., § 2 *De except.*
(4) Ci-dessus, p. 295 et 296.
(5) Comment. IV, § 116 (2e alinéa). Voy. aussi le § 119.
(6) L. 2 § 3, D., *De doli mali et met. except.*
(7) L. 4 § 16 *eod. Tit.*
(8) Ulpien, L. 1 pr. et § 1, D., *De condict. sine causâ* (12, 7).

Par cela seul que le défendeur oppose l'exception *non numeratæ pecuniæ,* le demandeur se trouve dans la nécessité de prouver qu'il y a eu numération des espèces. Du reste, il en serait de même si le défendeur, qui prétend n'avoir rien reçu, opposait l'exception de dol (1).

En général, le débiteur qui convient avec son créancier que celui-ci ne le poursuivra pas, reste néanmoins obligé, le pacte n'étant pas au nombre des modes d'extinction *ipso jure* des obligations; comme il serait inique qu'il fût condamné *contra pactionem*, il a pour se défendre l'exception *pacti conventi* (2).

Nous savons déjà que, quand il s'agit d'une obligation consensuelle, elle est éteinte *ipso jure* par le pacte, mais pourvu que le contrat n'ait encore reçu aucune espèce d'exécution. L'action *furti* et l'action *injuriarum* sont également éteintes, d'une manière radicale, *solo pacto.*

A la différence de l'exception *doli mali*, l'exception *pacti conventi* est une exception *in factum :* elle peut donc être opposée par le défendeur, même à son patron, même à son ascendant.

Titius prétend que je lui dois 10 sous d'or, ou que le fonds Cornélien que je possède lui appartient; sur le serment qu'il me défère, je jure que je ne lui dois rien ou je jure que le fonds est à moi. Si réellement je devais 10 sous d'or, je reste obligé nonobstant le serment que j'ai prêté; mais, comme il serait inique de permettre à Titius de soulever la question de savoir si de ma part il y a eu parjure, je me défendrai contre son action par l'exception *jurisjurandi.* De même, si Titius, qui est réellement propriétaire du fonds Cornélien, le revendique contre moi, il serait inique que je fusse condamné (3).

En parlant de l'action *de jurejurando*, nous avons déjà eu l'occasion de parler de l'exception *jurisjurandi* (4). Puisque le serment

(1) Antonin Caracalla, L. 3, C., *De non numer. pec.* (4, 30). Comp., ci-dessus, p. 296.

(2) Inst., § 3 *De except.* Comp. Gaius, IV, § 116 *in fine.*

(3) Inst., § 4 *De except.*

(4) Voy., ci-dessus, p. 537 et suiv.

prêté par celui à qui on le défère peut produire une action, à plus forte raison a-t-on dû admettre qu'il produirait une exception : comme le dit Ulpien, *cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multò magis quis dixerit* (1). On comprend que pour l'homme qui veut seulement se défendre la loi soit moins exigeante que pour celui qui attaque.

Nous savons déjà que le Préteur, au lieu de donner une action avec exception *jurisjurandi,* refuse tout simplement l'action, lorsque le fait du serment déféré et prêté est constant pour lui (2).

Lorsque Titius me défère le serment et que je le prête, certainement on peut dire qu'un pacte intervient entre nous. Alors, pourquoi ne pas se borner à faire ici une application de la théorie générale des pactes ? Par exemple, pourquoi admettre une exception particulière, sous le nom d'*exceptio jurisjurandi ?* C'est que, s'il y a ici un pacte, sous deux rapports au moins il se distingue du pacte ordinaire :

1° En général, le simple pacte ne produit pas d'action. Ici au contraire le Préteur admet la possibilité d'une action résultant du serment déféré et prêté.

2° Il y a des personnes qui ne pourraient pas faire usage de l'exception *pacti conventi* et qui peuvent au contraire employer l'exception *jurisjurandi.* Supposons *duo rei promittendi non socii :* si le créancier a fait avec l'un d'eux un pacte *de non petendo*, même *in rem,* l'autre n'aura pas l'exception *pacti conventi* pour se défendre contre l'action du créancier; si au contraire, le créancier ayant déféré le serment à l'un des *duo rei*, celui-ci a juré qu'il n'y a point obligation, quel que soit celui des deux que le créancier attaque, son action pourra être paralysée au moyen de l'exception *jurisjurandi* (3).

Lorsqu'une sentence a été rendue, si l'un des plaideurs intente contre l'autre une action qui soulève de nouveau la question déjà jugée, cette action pourra être repoussée par l'*exceptio* (ou *præs-*

(1) L. 156 § 1, D., *De reg. jur.*
(2) L. 9 pr., D., *De jurejur.* (12, 2).
(3) Voy., ci-dessus, p. 262, 264 et 265.

criptio) rei judicatæ (1). *Res judicata pro veritate accipitur.* Ce qui a fait admettre cette maxime et l'exception qui sert à la réaliser, ce n'est point, nous l'avons déjà remarqué, le désir de faire prévaloir l'équité et la bonne foi; c'est une considération d'un ordre tout différent, une considération d'intérêt social. Comme le dit Paul, *singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diversa pronunciarentur* (2).

La chose jugée est réputée la vérité; mais c'est une vérité purement relative. Pour que l'exception *rei judicatæ* puisse être opposée, il faut que ce soit exactement la même question déjà jugée qui se trouve soulevée de nouveau : *generaliter* (*ut Julianus definit*) *exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii* (3). En d'autres termes, il doit y avoir identité d'objet, *idem corpus*, *quantitas eadem, idem jus*, et il doit y avoir identité de parties, *eadem conditio personarum* (4). Une troisième condition est encore nécessaire : dans les deux procès nous devons trouver *eadem causa petendi* : si, après vous avoir demandé 10 sous d'or comme prix d'une vente que je vous aurais faite, je vous demande 10 sous d'or que je prétends vous avoir prêtés, évidemment il n'y a pas lieu à l'exception *rei judicatæ.*

Toutefois, en ce qui concerne cette dernière condition, *eadem causa petendi*, les jurisconsultes romains font une distinction : ils n'exigent pas la condition dont il s'agit, en matière d'actions réelles. *Cùm in rem ago, non expressâ causâ ex quâ rem meam esse dico, omnes causæ unâ petitione adprehenduntur : neque enim amplius quàm semel res mea esse potest; sæpius autem deberi potest* (5). Cette dernière observation nous explique pourquoi la formule de l'action *in personam* contient habituellement une *demonstratio*, tandis que la formule de la revendication n'en contient point. Faut-il donc

(1) Inst., § 5 *De except.*
(2) L. 6, D., *De exc. rei jud.* (44, 2).
(3) Ulpien, L. 7 § 4 *eod. Tit.*
(4) LL. 12, 13 et 14 pr. *eod Tit.*
(5) Paul, L. 14 § 2 *eod. Tit.*

admettre, d'une manière générale, que, si j'ai une fois revendiqué contre vous une certaine chose, je ne pourrai certainement plus la revendiquer encore contre vous sans m'exposer à être repoussé par l'exception *rei judicatæ?* Non : le principe posé en cette matière comporte deux restrictions, qui réduisent presqu'à néant sa valeur pratique :

1° Si, après que j'ai déjà revendiqué contre vous, survient à mon profit une cause d'acquisition nouvelle, je n'ai pas à craindre que vous repoussiez par l'exception *rei judicatæ* ma nouvelle action. *Si fortè petiero fundum vel hominem*, dit Ulpien, *mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio... Et ideò, si fortè sub conditione res legata mihi fuerit, deindè medio tempore adquisito dominio petam, mox existente conditione legati rursùs petam, putem exceptionem non obstare : alia enim causa fuit prioris dominii, hæc nova nunc accessit* (1).

2° En supposant même qu'au moment où j'ai revendiqué contre vous, deux causes distinctes pouvaient m'avoir conféré la propriété, si j'ai eu soin dans la formule de mon action d'exprimer que j'entends agir en vertu d'une de ces causes, par là même je me suis réservé la possibilité de revendiquer plus tard en vertu de l'autre. *Si quis petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si posteà aliâ ex causâ petat, causâ adjectâ non debet submoveri exceptione* (2). La cause était probablement exprimée sous forme de *præscriptio* (3).

— Dans l'ancien droit, le défendeur n'avait pas besoin de l'exception *rei judicatæ* lorsqu'il avait déjà été actionné dans la forme d'un *judicium in personam legitimum :* en effet, le droit du demandeur se trouvait alors éteint *ipso jure* (4). Sous Justinien, le système du *judicium imperio continens* a prévalu : c'est toujours à titre d'exception que le défendeur invoque la chose jugée.

—A côté de l'exception *rei judicatæ,* Gaius mentionne l'exception

(1) L. 11 § 4 *eod. Tit.*

(2) Même L. 11, § 2. Comp. la L. 14 § 2, déjà citée : *cùm in rem ago non expressâ causâ.....*

(3) Voy. M. de Savigny, *System,* t. VI, § 300 et appendice XVII.

(4) Gaius, III, §§ 180 et 181; IV, §§ 106-108.

rei in judicium deductæ (1). Voici des applications de cette dernière exception : Primus et Secundus sont tenus envers moi en qualité de *duo rei promittendi;* je poursuis Primus par un *judicium imperio continens;* puis, avant même que la sentence n'ait été rendue, m'apercevant que Primus est insolvable, j'actionne Secundus : Secundus me repoussera par l'exception *rei in judicium deductæ.* De même, je me fais délivrer une formule d'action contre Titius, et ici encore il s'agit d'un *judicium imperio continens;* le Préteur sort de charge avant que je n'aie obtenu sentence : si je veux exercer contre Titius une nouvelle poursuite, il m'opposera l'exception *rei in judicium deductæ.*

L'exception *rei in judicium deductæ* a ce que les Allemands appellent une *fonction purement négative*, c'est-à-dire que son effet se borne à empêcher le renouvellement d'une poursuite déjà exercée. L'exception *rei judicatæ* paraît n'avoir eu à l'origine que cette fonction ; mais, du temps des jurisconsultes, elle a de plus une fonction *positive*, c'est-à-dire qu'elle peut servir non-seulement à celui qui veut exclure un nouveau procès, mais encore à celui qui veut profiter de ce qui a été jugé sur l'ancien. Exemple. J'ai revendiqué contre vous le fonds Cornélien, et j'ai triomphé, le juge m'en a déclaré propriétaire : si aujourd'hui vous revendiquez contre moi ce même fonds Cornélien, je vous repousserai par l'exception *rei judicatæ.* Ici évidemment il ne s'agit pas de vous empêcher de me poursuivre deux fois ; il s'agit d'invoquer contre vous une qualité de propriétaire que le juge du premier procès m'a reconnue. C'est ce qu'on appelle la fonction *positive* de l'exception.

— Un débiteur qui a été absous *iniquè* ne peut pas être poursuivi de nouveau pour la même dette ; mais ne reste-t-il pas obligé naturellement? L'affirmative semble bien résulter de ce texte de Paul : *Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhùc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset : licet enim absolutus sit, naturâ tamen debitor permanet* (2). Cependant il ne me paraît pas possible d'ad-

(1) Comment. III, § 181 ; Comment. IV, §§ 106 et 107, § 121.
(2) L. 60 pr., D., *De condict. indeb.* (12, 6).

mettre d'une manière générale qu'il soit permis à un homme de dire : « Titius est obligé naturellement envers moi : car, s'il a été absous sur la poursuite que j'ai dirigée contre lui, c'est à tort, il était *verus debitor*. » Une pareille proposition est évidemment incompatible avec le respect dû à la chose jugée. Ou le texte de Paul a été altéré, ou bien il se réfère uniquement à des cas où il ne peut pas y avoir contestation sur l'existence de la dette du défendeur, par exemple au cas où il a été absous pour plus-pétition commise par le demandeur (1).

— Comme le dol, comme la violence, comme le serment, la chose jugée peut produire, suivant les cas, une action ou une exception. Si j'ai obtenu un jugement contre une personne qui aujourd'hui nie avoir été condamnée, j'emploierai contre elle l'action *judicati*, et nous savons déjà que cette action est du nombre de celles qui sont données au double *adversùs inficiantem* (2).

CLASSEMENT DES EXCEPTIONS.

Suivant le point de vue auquel on se place, on peut classer diversement les exceptions. Voici cinq classifications distinctes, que nous allons étudier successivement :

I. On peut considérer les exceptions au point de vue de leur origine. Les unes ont été établies par des lois ou par des actes ayant la même autorité, les autres par le Préteur : *Quædam e legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt* (3). — Comme exemples d'exceptions établies par des lois, nous pouvons citer l'exception *nisi bonis cesserit*, résultant de la loi Julia sur la cession de biens (4), et l'exception de la loi Cincia sur les donations. Les actes *quæ legis vicem obtinent*,

(1) Voy., en ce sens, M. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 426 et suiv.

(2) Voy., ci-dessus, p. 370 et p. 475.

(3) Inst., § 7 *De except.* Comp. Gaius, IV, § 118 *in fine*.

(4) Inst., § 40 *De action.*, et § 4 *in fine De replicat.* (IV, 14). Comp., ci-dessus, p. 608 et 609.

dont parle le texte des Institutes, sont les Sénatusconsultes et les Constitutions impériales. Nous connaissons les exceptions qui dérivent des Sénatusconsultes Trébellien (exception *restitutæ hereditatis*), Velléien et Macédonien. Enfin, comme exception résultant de Constitution impériale, on peut citer celle au moyen de laquelle les fidéjusseurs font valoir le bénéfice de division accordé par Adrien.

La plupart des exceptions viennent du droit prétorien : il suffira de citer les exceptions *doli mali*, *metûs causâ, pacti conventi*, *jurisjurandi*. — Il est bien entendu que, sous le système formulaire, une exception quelconque, n'eût-elle point une origine prétorienne, doit toujours être demandée par le défendeur au magistrat qui rédige la formule : *in jure postulatur*, comme le dit Cicéron (1).

II. Considérées au point de vue du temps pendant lequel on peut les invoquer, les exceptions sont perpétuelles et péremptoires, ou temporaires et dilatoires (2).

L'exception est dite perpétuelle et péremptoire lorsqu'elle permet de repousser l'action, à quelque époque qu'on l'intente. Telles sont, d'après les Institutes, l'exception *doli mali*, l'exception *metûs causâ*, l'exception *pacti conventi*, lorsque le créancier est convenu de ne jamais exercer son action (3). Gaius indique, en outre, l'exception fondée sur ce qu'il y a eu contravention à une loi ou à un Sénatusconsulte (*exceptio legis Cinciæ*, *exceptio Senatusc. Macedoniani* ou *Velleiani*), et l'exception *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ* (4). — Spécialement à propos du dol, Paul remarque qu'il importe beaucoup de distinguer si on veut s'en prévaloir sous forme d'action ou sous forme d'exception : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ità etiam exceptio eodem tempore danda est: nàm hæc perpetuò competit : cùm actor quidem in suâ potestate habeat quandò utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat po-*

(1) *De invent.*, II, 19.

(2) Inst., § 8 *De except*. Comp. Gaius, IV, § 120.

(3) § 9 *De except*.

(4) Comment. IV, § 121.

testatem quandò conveniatur(1). De là cette règle, souvent invoquée, même en droit français : *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* Il faut se rappeler, du reste, que, même après l'expiration de l'année, l'auteur du dol est encore tenu d'une action *in factum, quatenùs locupletior factus est.*

L'exception est dite *temporalis atque dilatoria* lorsqu'elle ne doit nuire au créancier que pendant un certain temps, lorsqu'elle procure au débiteur un délai. Tel est le cas de l'exception *pacti conventi,* lorsque le créancier est convenu de ne pas exercer son action pendant un certain temps : le délai une fois expiré, rien ne l'empêche de poursuivre son paiement (2). — Gaius donne encore un autre exemple : il cite l'exception *litis dividuæ et rei residuæ.* Si un homme réclame une partie de sa chose, qu'ensuite pendant la même préture il réclame le reste, il sera repoussé par l'exception qu'on appelle *litis dividuæ.* De même, si un homme qui a plusieurs actions à intenter contre vous, en intente quelques-unes seulement, afin de soumettre les autres à d'autres juges, celles-ci, étant exercées pendant la même préture, seront repoussées par l'exception qu'on appelle *rei residuæ* (3).

Supposons qu'un créancier conduit son débiteur devant le magistrat et demande à celui-ci une formule d'action : si le débiteur, de son côté, invoque une exception *temporalis* à laquelle il a réellement droit, le créancier doit avoir grand soin de s'arrêter, de ne pas laisser s'accomplir la *litis contestatio.* C'est ce que dit très-bien Gaius : *Observandum est ei cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem : alioquin, si objectâ exceptione egerit, rem perdit : nec enim post illud tempus quo integrâ re evitare poterat, adhùc ei potestas agendi superest, re in judicium deductâ et per exceptionem peremptâ* (4). — Du reste, cette rigueur a été corrigée par Justinien, qui applique ici la Constitution de Zénon : lorsque le créancier agit ainsi avant l'échéance, le temps qui restait à courir est doublé au profit du débiteur, et celui-ci ne peut être poursuivi de

(1) L. 5 § 6, D., *De doli mali et met. except.*
(2) Inst., § 10 (1er alinéa) *De except.;* Gaius, IV, § 122 (1er alinéa).
(3) Comment. IV, § 122 *in fine.*
(4) Comment. IV, § 123. Comp. Inst., § 10 (2e alinéa) *De except.*

nouveau, tant qu'il n'a pas recouvré les frais qu'a pu lui occasionner la première poursuite (1).

— Il y avait encore, dans l'ancien droit, d'autres exceptions dilatoires. « Les exceptions, dit Gaius, peuvent être dilatoires, non-seulement *ex tempore*, mais aussi *ex personâ*. Tel est le cas des exceptions *cognitoriæ*. Un homme qui, aux termes de l'Édit, ne peut pas donner un *cognitor*, agit *per cognitorem*, ou bien un homme qui a le droit d'avoir un *cognitor* a choisi quelqu'un *cui non licet cognituram suscipere* : l'exception *cognitoria* étant opposée, si l'homme n'a pas le droit d'avoir un *cognitor*, il peut agir lui-même; si c'est l'individu par lui nommé à qui il n'est pas permis de *cognituram suscipere*, il ne tient qu'à lui d'agir par un autre *cognitor* ou par lui-même, et d'échapper ainsi à l'exception. Mais, s'il ne s'en inquiète pas, et qu'il agisse par le *cognitor*, il perd son droit » (2). Les individus qui ne peuvent *cognituram suscipere*, ce sont particulièrement les individus notés d'infamie (3). Les femmes ne le peuvent pas non plus, à moins qu'elles n'aient intérêt (4).

Justinien ne parle pas de l'exception *cognitoria*, mais il parle de l'exception *procuratoria*. « Autrefois, dit-il, cette exception pouvait être opposée au *procurator*, en raison de l'infamie du *dominus* ou du *procurator* lui-même. Aujourd'hui cela est tombé en désuétude. » Dans le droit de Justinien, ni un militaire ni une femme ne peut, en principe, agir comme *procurator* (5).

— Lorsque le débiteur a oublié de faire ajouter à la formule d'action délivrée contre lui une exception péremptoire, il pourra se faire restituer *in integrum, servandæ exceptionis gratiâ*. Lors, au contraire, qu'il s'agit simplement d'une exception dilatoire, il est douteux qu'il puisse obtenir l'*in integrum restitutio* (6). — Nous savons déjà que celui qui paie, n'ayant pas connaissance d'une exception perpétuelle qui existe à son profit, peut intenter la *condictio indebiti*, tandis que celui qui paie prématurément, ne sa-

(1) Inst., § 10 *in fine De except*. Comp., ci-dessus, p. 600 et 601.
(2) Comment. IV, § 124.
(3) *Sentences de Paul*, I, II, § 1 ; *Fragm. du Vatican*, § 324.
(4) *Sent. de Paul*, I, II, § 2.
(5) Inst., § 11 *De except*.
(6) Gaius, IV, § 125.

chant pas qu'il pourrait se défendre par une exception temporaire, n'a aucune répétition à exercer (1).

— Il ne faut pas confondre avec les exceptions temporaires la *præscriptio fori* ou exception d'incompétence (2). L'exception temporaire ayant été insérée dans la formule et reconnue fondée par le juge, le demandeur a déduit tout son droit *in judicium*, et, par conséquent, il ne peut pas renouveler sa demande. Au contraire, quand il s'agit de la *præscriptio fori*, le juge reconnaissant l'incompétence du magistrat qui a délivré la formule, il se trouve que rien n'a été déduit *in judicium*. — Je suis disposé à croire que sous ce rapport la prescription ou exception *ne hereditati præjudicium fiat* (3) devait être traitée comme la *præscriptio fori*.

III. Considérées au point de vue des personnes qui peuvent les invoquer, les exceptions sont *rei cohærentes* ou *personæ cohærentes*. « Les exceptions accordées au débiteur, dit Justinien, profitent aussi la plupart du temps à ses fidéjusseurs. C'est à bon droit : car ce qu'on leur demande, on le demande en quelque sorte au débiteur lui-même, puisque par l'action de mandat il sera tenu de rendre ce qu'ils auront payé pour lui. En conséquence, si un créancier est convenu avec le débiteur de ne pas réclamer la somme due, on admet que l'exception *pacti conventi* profitera même à ceux qui se sont obligés pour ce débiteur, comme si le créancier était convenu avec eux de ne pas leur réclamer la somme. — Toutefois il y a certaines exceptions qui ne sont pas données aux fidéjusseurs. Ainsi, lorsque le débiteur a fait cession de biens, s'il est poursuivi par le créancier, il se défend au moyen de l'exception *nisi bonis cesserit ;* mais cette exception n'est pas donnée aux fidéjusseurs, attendu que celui qui fait obliger des tiers pour son débiteur, songe précisément à pouvoir, survenant l'insolvabilité du débiteur, obtenir son paiement de ceux par qui il le fait cautionner » (4).

(1) Voy., ci-dessus, p. 367.

(2) Elle est mentionnée notamment par Ulpien, L. 7 pr., D., *Qui satisd. cog.* (2, 8).

(3) Ci-dessus, p. 654 et 655.

(4) Inst., § 4 *De replicat.* (IV, 14).

Il ressort du texte qu'en général l'exception est *rei cohærens*. Effectivement, Paul cite comme ayant ce caractère, indépendamment de l'exception qui résulte du pacte fait *in rem* avec le débiteur, les exceptions *rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, metùs causâ*, l'exception du Sénatusconsulte Velléien et celle du Sénatusconsulte Macédonien. De même l'exception opposable au patron qui a stipulé de son affranchi *libertatis onerandæ causâ* (1). Enfin Paul ajoute : *Idem dicitur si quis fidejusserit pro minore* XXV *annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse antè habet auxilium quàm restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio* (2). L'idée de Paul est qu'il faut distinguer entre le cas où le mineur a été victime du dol de l'autre partie et le cas où le contrat se trouve simplement être lésif pour lui. Dans le premier cas, il y a lieu à une exception, qui est *rei cohærens :* c'est sans doute l'*exceptio legis Plætoriæ* (3). Quant au deuxième cas, la phrase du jurisconsulte peut signifier : 1° qu'il ne saurait être question d'exception pour le fidéjusseur qu'après que le mineur lui-même s'est fait restituer *in integrum;* 2° que jamais le fidéjusseur ne pourra opposer une exception au créancier. Le texte se prête également à ces deux interprétations, et chacune a ses partisans. Au fond, il faut admettre, et on admet généralement, que l'*in integrum restitutio* accordée au mineur est la condition première pour que le fidéjusseur puisse obtenir une exception, mais que, même cette condition étant remplie, le magistrat refusera le plus souvent l'exception au fidéjusseur (4).

Pour que le fidéjusseur puisse invoquer le pacte fait avec le débiteur, il faut supposer que ce fidéjusseur, s'il payait, aurait un recours à exercer (5). Cela est vrai, en général, pour les autres

(1) *Totiens onerandæ libertatis causâ pecunia videtur promitti quotiens suâ sponte dominus manumisit; et propterea velit libertum pecuniam promittere ut non exigat eam, sed ut libertus eum timeat et obtemperet ei*. Paul, L. 2 § 2 *in fine*, D., *Quar. rer. actio non datur* (44, 5).

(2) L. 7 § 1, D., *De except.* (44, 1).

(3) Voy. notre t. I, p. 399 et 400.

(4) Voy., ci-dessus, p. 338. — Comp. M. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 257 et suiv.; et M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, §§ 179 et 183.

(5) L. 32, D., *De pactis* (2, 14).

exceptions que nous avons indiquées, sauf en ce qui concerne l'exception du Sénatusconsulte Velléien (1).

— Comme exceptions *personæ cohærentes*, outre l'exception *nisi bonis cesserit* que mentionne le texte des Institutes, on peut citer l'exception résultant du pacte *de non petendo* fait *in personam* (2), et celle au moyen de laquelle se réalise le bénéfice de compétence (3).

IV. Nous avons distingué la *bonorum possessio* EDICTALIS et la *bonorum possessio* DECRETALIS (4). Nous trouvons, dans la matière des exceptions, une distinction tout à fait analogue : *Exceptiones*, dit Gaius, *alias in edicto Prætor habet propositas*, *alias causâ cognitâ accommodat* (5). On appelle proprement *in factum exceptiones* les exceptions de cette dernière espèce (6).

V. La plupart des exceptions tendent à faire prévaloir l'équité ; il en est pourtant un certain nombre, nous l'avons dit, qui ont été établies dans un autre but. Les exceptions qui tendent à faire prévaloir l'équité n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule des actions de bonne foi : elles y sont naturellement sous-entendues. Les autres, comme par exemple l'exception *rei judicatæ*, doivent au contraire être expressément ajoutées à la formule, aussi bien quand il s'agit d'une action de bonne foi que quand il s'agit de toute autre action.

Il est universellement admis que les exceptions de la première classe se trouvent virtuellement comprises dans les *judicia bonæ fidei*. D'abord nous avons des textes qui le disent pour quelques-unes de ces exceptions. Ainsi, pour l'exception de dol : *doli exceptio*, dit Ulpien, *inest de dote actioni*, *ut cæteris bonæ fidei judiciis* (7). De même pour l'exception de pacte : *bonæ fidei judicio*, dit Paul,

(1) Voy., ci-dessus, p. 453 et 454.
(2) Cette exception n'appartient même pas à l'héritier du débiteur : Paul, L. 25 § 1, D., *De pact.*
(3) L. 7 pr., D., *De except.*
(4) Voy., ci-dessus, p. 96 et suiv.
(5) Comment. IV, § 118 (au commencement).
(6) Comp. M. de Savigny, *System*, t. V, § 227, note *b*.
(7) L. 21, D., *Sol. matrim.* (24, 3).

citant Julien, *exceptiones pacti insunt* (1). — Il y a, d'ailleurs, dans la rédaction des Institutes quelque chose de remarquable. Supposant un homme qui s'est engagé sur stipulation *metu coactus, dolo inductus, errore lapsus*, ou parce qu'il comptait recevoir une somme qu'il n'a pas reçue, ou un débiteur avec qui le créancier est convenu de ne pas le poursuivre, ou enfin un homme qui a prêté le serment que son adversaire lui déférait, on dit toujours qu'il y aurait iniquité à le condamner, *iniquum est condemnari* (2). Evidemment le juge d'une action de bonne foi ne peut pas être tenu de sanctionner une iniquité.

Mais ne faut-il pas dire qu'en définitive toute exception est sous-entendue dans les actions de bonne foi ; que, par cela seul que l'action est *bonæ fidei*, le défendeur n'a jamais intérêt à faire insérer dans la formule une exception quelconque? En ce sens, on invoque surtout un texte d'Ulpien, qui est ainsi conçu : *Generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id quod quâquâ exceptione elidi potest petit. Nàm, etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolosè, nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat* (3). Je suppose que Titius a intenté contre vous une action de bonne foi, par exemple l'action *venditi*, et qu'il a succombé ; quelque temps après, il forme de nouveau contre vous la même demande : si vous avez omis de faire insérer dans la formule l'exception *rei judicatæ*, pourrez-vous néanmoins échapper à la condamnation en invoquant la chose jugée? En présence du texte d'Ulpien, il semble que vous le pourrez. Voici, en effet, le raisonnement que vous allez faire :

« Titius commet un dol en persistant dans sa demande. Si j'avais songé à faire insérer dans la formule l'exception *rei judicatæ*, infailliblement il succomberait : il y a dol de sa part à vouloir profiter de ce que j'ai été un moment distrait ou inattentif, pour me faire condamner. »

Ce raisonnement ne me paraît pas décisif. La bonne foi, que le

(1) L. 3, D., *De rescind. vendit.* (18, 5).
(2) Voy. les §§ 1-4 *De except.*
(3) L. 2 § 5, D., *De doli mali et met. except.*

juge a mission de faire triompher, consiste avant tout à payer un prix de vente qu'on doit réellement. Le juge appréciera de quel côté est le dol. Il n'est nullement enchaîné par la sentence déjà rendue, puisqu'il ne lui est nullement enjoint d'en tenir compte; et s'il lui est démontré que Titius vous a fait une vente dont le prix est toujours dû (ce qui suppose, du reste, que sa première demande n'était pas dans la forme d'un *judicium legitimum*), il n'hésitera pas à vous condamner, parce qu'autrement une véritable iniquité serait consacrée par sa sentence. — Ce qui prouve bien que le texte d'Ulpien ne doit pas être entendu dans un sens trop absolu, c'est ce que nous dit Ulpien lui-même, à propos de l'exception *metûs* : « Il a paru utile d'établir une exception *metûs* à côté de l'exception *doli mali* » (1). Si réellement il y avait toujours dol de la part du demandeur qui attaque un homme garanti par une exception quelconque, il serait impossible de concevoir que l'exception *metûs*, une fois établie, ne pût pas toujours être remplacée par l'exception *doli mali*. — Il est si vrai qu'on ne commet pas un dol par cela seul qu'on renouvelle une demande déjà formée, que l'*exceptio rei judicatæ* nous est présentée comme pouvant être quelquefois paralysée au moyen de la *replicatio doli mali* (2).

DES RÉPLIQUES.

La réplique est à l'exception ce que l'exception est à l'action. De même que le défendeur qui contredit positivement l'*intentio,* la prétention du demandeur, n'a pas besoin d'une exception, de même le demandeur qui combat directement l'exception comme n'étant pas fondée n'a point besoin d'une réplique. La réplique est nécessaire au demandeur qui veut paralyser l'exception par un moyen détourné.

Comme Gaius a donné une idée un peu étroite de l'exception, de même il donne une idée un peu étroite de la réplique lorsqu'il

(1) L. 4 § 33 *eod. Tit.* Voy., ci-dessus, p. 656.
(2) Sévère et Antonin, L. 2, C., *De judiciis* (3, 1).

dit : *Interdùm evenit ut exceptio, quæ primâ facie justa videatur, iniquè noceat actori. Quod cùm accidat, aliâ adjectione opus est adjuvandi actoris gratiâ : quæ adjectio* REPLICATIO *vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis* (1). La réplique n'a pas toujours, essentiellement, pour but et pour résultat de faire triompher l'équité.

Gaius donne deux exemples de répliques. Le premier seul a été reproduit aux Institutes.

1er *exemple.* Je conviens avec vous de ne pas vous demander la somme que vous me devez ; quelque temps après, nous faisons un pacte en sens contraire, nous convenons que je vous demanderai la somme. Si je vous poursuis, vous pourrez m'opposer sous forme d'exception le pacte *de non petendo :* nonobstant le deuxième pacte, il reste vrai que je suis convenu de ne pas vous poursuivre. Mais, comme il serait inique que je fusse ainsi exclu par l'exception, en vertu du deuxième pacte on me donne cette réplique : *si non posteà convenerit ut eam pecuniam petere liceret.* — Le premier pacte, ayant été fait *in rem*, aurait profité au fidéjusseur : le deuxième, auquel ce fidéjusseur n'est pas intervenu, pourra-t-il lui nuire, paralyser le bénéfice de l'exception qu'il avait acquise ? La question est délicate ; et, si les jurisconsultes romains paraissent n'avoir pas été d'accord sur la solution (2), il n'y a point lieu de s'en étonner.

2e *exemple.* Un *argentarius* réclame le prix d'une chose vendue aux enchères. On lui oppose, comme exception, que l'acheteur ne doit être condamné qu'autant que tradition lui aurait été faite. En elle-même, l'exception est fondée ; mais, si lors de la vente il a été dit que la chose serait livrée à l'acheteur quand il aurait payé le prix, l'*argentarius* pourra invoquer avec succès cette réplique : *aut si prædictum est ne aliter emptori res traderetur quàm si pretium emptor solverit.*

Voici encore d'autres répliques :

Nous connaissons la *replicatio rei venditæ et traditæ*, qui paralyse

(1) Comment. IV, § 126 (au commencement). Comp. Inst., pr. *De replicat.* (IV, 14).

(2) Comp. Paul, L. 27 § 2, et Furius Anthianus, L. 62, D., *De pactis* (2, 14).

l'exception *justi dominii* opposée par le défendeur à la Publicienne (1).

Je suppose que Titius revendique contre vous le fonds Cornélien et qu'il succombe ; il trouve cependant moyen de se mettre en possession, et alors vous intentez contre lui l'action Publicienne : s'il vous oppose l'exception *justi dominii*, vous la paralyserez au moyen de la *replicatio rei judicatæ*.

Enfin je suppose que Titius a intenté contre vous l'action hypothécaire, au sujet du fonds Cornélien ; le juge a reconnu et proclamé qu'il a effectivement hypothèque sur le fonds, et néanmoins il vous a absous comme ne possédant point. Aujourd'hui Titius est en mesure de prouver que vous possédez le fonds Cornélien : que peut-il faire ? Il peut intenter l'action hypothécaire ; et, si vous lui opposez l'exception *rei judicatæ*, il répliquera : *si secundùm me judicatum non est* (2).

Il est à remarquer que la *replicatio doli* n'est jamais admise contre l'exception de dol. En effet, fût-il démontré au juge que, s'il y a dol du demandeur, il y a aussi dol du défendeur, ce ne serait pas une raison pour donner gain de cause au demandeur (3).

— Comme la réplique est opposée à l'exception, de même à la réplique peut être opposée une duplique, à la duplique une triplique, etc. (4). Voici l'exemple d'une duplique : « Une femme non autorisée de son tuteur a donné à un Latin, *non mortis causâ* (5), un fonds stipendiaire, avec tous les accessoires nécessaires à l'exploitation. La donation se trouve parfaite pour le fonds et pour les autres objets *nec mancipi*. Mais, en ce qui concerne les esclaves et les animaux *quæ collo vel dorso domantur*, ils n'ont pas pu être usucapés (6). Si pourtant la femme n'a pas changé de volonté, le Latin aura la *duplicatio doli* : en effet, de ce que la loi Cincia se trouve écartée par la mort de la donatrice, il ne s'ensuit pas que le Latin

(1) Ci-dessus, p. 504.

(2) Marcien, L. 16 § 5, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).

(3) Ulpien, L. 4 § 13, D., *De doli mali et met. except.*, et L. 154 pr., D., *De reg. jur.*

(4) Gaius, IV, §§ 127-129 ; Inst., §§ 1-3 *De replicat.*

(5) Le Latin Junien n'a pas le *jus capiendi mortis causâ*.

(6) Voy. Gaius, II, § 47 ; *Fragm. du Vatican*, § 1 ; et notre t. I, p. 549.

recueille *mortis causâ* ce qui lui a été donné à un autre titre » (1). Voici ce que nous avons dans l'espèce : Revendication intentée contre le donataire par l'héritier de la donatrice ; exception *rei donatæ et traditæ ; replicatio legis Cinciæ ; duplicatio doli.*

Une autre *duplicatio* est mentionnée dans un texte du Digeste (2), qui parle mal à propos de *triplicatio.*

DES INTERDITS.

En vertu de son *imperium*, et pour faire régner l'ordre dans la cité, le magistrat a pu très-anciennement suppléer aux lacunes du droit civil, en promulguant une règle spéciale sur les points que le droit civil n'avait point prévus. Cela se présente surtout au sujet des choses *divini* ou *publici juris*. Un particulier ne peut pas avoir, en ce qui concerne ces choses, un droit véritable, donnant lieu immédiatement à une action quand il est violé. Si on l'empêche d'en user comme il est convenable, il s'adressera au Préteur, lequel alors promulguera un ordre ou une défense dont la violation, comme celle d'une loi, pourra donner lieu à une action. Ainsi encore la possession en elle-même n'est point protégée par le droit civil ; mais évidemment celui qui possède une chose ne doit pas, par cela seul qu'il est hors d'état de prouver sa propriété, pouvoir être impunément troublé ou dépouillé par le premier venu. Le Préteur interviendra donc également ici, en l'absence de toute règle posée par le droit civil, pour faire respecter une possession paisible. — A l'origine, le Préteur, chaque fois qu'on recourait à lui, rendait un interdit particulier, eu égard aux circonstances de l'affaire qui se présentait. Plus tard, il prit l'habitude d'indiquer, d'une manière générale, dans son Edit, les principaux cas où il donnerait ainsi un interdit. Du reste, que l'interdit ait été donné conformément à une promesse générale contenue dans

(1) *Fragm. du Vatican*, § 259.
(2) L. 7 § 1 *De curat. furioso* (27, 10).

l'Edit, ou qu'il ait été donné en vue d'un cas particuler que l'Edit n'avait point prévu, dans les deux hypothèses la partie qui se trouve avoir violé la règle posée dans l'interdit est soumise à une action. — Enfin il arrive même une époque où, sans qu'il y ait violation d'une loi ni d'une disposition générale de l'Edit, le magistrat prend sur lui de donner immédiatement une action à la partie qui la demande, en négligeant le préliminaire, d'abord indispensable, de l'interdit.

Du temps de Gaius, le magistrat donne encore des interdits : *Certis ex causis Prætor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit..,; et in summâ aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulæ autem verborum et conceptiones quibus in eâ re utitur, interdicta decretave vocantur... Nec tamen, cùm quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium : sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quæritur an aliquid adversùs Prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit* (1). — Au contraire Justinien constate que de son temps il n'y a réellement plus d'interdits : *Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta...* (2). *Quotiens extrà ordinem jus dicitur, qualia sunt hodiè omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perindè judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causâ interdicti reddita fuisset* (3).

L'origine des interdits est certainement très-ancienne : on l'a dit avec raison, l'interdit paraît être le plus ancien organe du droit prétorien. Aussi voyons-nous Cicéron, après avoir indiqué son avis sur une difficulté à laquelle donnait lieu l'interdit *uti possidetis*, ajouter : *Hoc quidem jàm vetus est et majorum exemplo multis in rebus usitatum* (4).

Suivant Gaius et suivant Justinien, la principale division des interdits (*principalis divisio*, *summa divisio*), c'est la division en

(1) Comment. IV, §§ 139 et 141 (au commencement).
(2) Inst., pr. (au commencement) *De interd.* (IV, 15).
(3) Inst., § 8 *De interd.*
(4) *Pro Cæcinâ*, 16.

interdits prohibitoires, restitutoires, exhibitoires. Gaius dit qu'on appelle proprement *décrets* les interdits restitutoires et les interdits exhibitoires, et que le nom d'*interdits* convient surtout aux prohibitoires. Ainsi, d'après Gaius, *interdicere* serait synonyme de *prohibere ;* au contraire, d'après Justinien, *interdicere* signifierait *inter duos dicere* (1).

Sont prohibitoires les interdits par lesquels le Préteur défend d'employer la force contre un homme qui possède *sine vitio* (cela s'applique à l'interdit *uti possidetis* et à l'interdit *utrubi*), ou contre un homme qui veut enterrer un mort là où il a droit de l'enterrer; de même, quand le Préteur défend de bâtir dans un lieu sacré, de faire sur un *flumen publicum* ou sur la rive quelque chose qui gêne la navigation.

Sont restitutoires les interdits par lesquels le Préteur ordonne de faire une restitution, par exemple de restituer au *bonorum possessor* la possession des choses appartenant à telle succession qui sont possédées par quelqu'un *pro herede* ou *pro possessore*, ou bien de restituer la possession d'un fonds à celui qui en a été expulsé par violence. Il s'agit là des interdits *quorum bonorum* et *undè vi*. Il est à remarquer que le mot latin *restituere* ou *restitutio* s'applique même au cas où la possession est remise à un homme qui ne l'a encore jamais eue : cela se présente notamment pour l'interdit *quorum bonorum*.

Enfin sont exhibitoires les interdits par lesquels le Préteur ordonne d'exhiber ou de représenter par exemple un homme dont la liberté est en question, un affranchi à qui son patron veut faire assigner les services qu'il devra rendre, les enfants qui sont sous votre puissance (2). — En principe, l'action *ad exhibendum* n'est donnée qu'à celui qui a un intérêt pécuniaire : *Hæc actio*, dit Gaius, *ei creditur competere cujus peculiariter interest* (3). Pourtant, lorsque la liberté d'un homme est en question, Paul admet que l'action *ad exhibendum* peut être donnée même à celui *qui velit in*

(1) Gaius, IV, §§ 140 et 142; Inst., § 1 *De interd.* — Cujas estime que le mot *interdicere* est pris pour *interim dicere*.

(2) Inst., § 1 *De interd.*

(3) L. 13, D., *Ad exhib.* (10, 4).

libertatem vindicare (1). — Lorsqu'un homme libre est séquestré, est retenu malgré lui dans une maison, il existe un interdit populaire *de eo exhibendo* (2).

— Quel est l'intérêt pratique de cette première division des interdits ? C'est un intérêt de procédure. *Modò cum pœnâ agitur*, dit Gaius, *modò sine pœnâ : cum pœnâ, velut cùm per sponsionem agitur; sine pœnâ, velut cùm arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis verò vel exhibitoriis, modò per sponsionem, modò per formulam agitur quæ arbitraria vocatur* (3).

Attachons-nous spécialement aux interdits qui ont trait à la possession. D'après Gaius et d'après Justinien, ces interdits se divisent en trois classes : ils sont donnés *adipiscendæ possessionis causâ*, *retinendæ possessionis causâ*, ou enfin *recuperandæ possessionis causâ* (4). Paul ajoute une quatrième classe : *sunt interdicta duplicia, tàm recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis* (5).

Interdits donnés adipiscendæ possessionis causâ.

I. *Interdit* QUORUM BONORUM. — Voici le texte même de cet interdit, tel qu'il nous a été conservé au Digeste : *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est : quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset; quod quidem dolo malo fecisti uti desineres possidere : id illi restituas* (6). Il ressort de cette formule que celui qui a obtenu la *bonorum possessio* peut employer utilement l'interdit contre l'individu qui possède des choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore*, en fût-il devenu propriétaire par usucapion (7), et contre l'individu qui, les ayant possédées à ce titre, a cessé par dol de les posséder.

(1) L. 12 pr. *eod. Tit.*
(2) Voy. Gaius, L. 13 déjà citée. Voy. aussi, au Digeste, le Titre spécial *De hom. lib. exhib.* (43, 29).
(3) Comment. IV, § 141 *in fine*.
(4) Gaius, IV, § 143; Inst., § 2 *De interd.*
(5) L. 2 § 3 *in fine*, D., *De interd.* (43, 1).
(6) L. 1 pr., D., *Quor. bon.* (43, 2).
(7) Gaius, II, §§ 52-58.

Déjà nous avons eu l'occasion de le remarquer, une personne peut obtenir la *bonorum possessio edictalis* sans prouver qu'elle y a réellement droit (1). Mais, pour triompher dans l'interdit *quorum bonorum* et pour obtenir la possession effective, elle devra prouver son droit, s'il est contesté. Cela ressort du rescrit suivant, adressé par les empereurs Sévère et Antonin à un homme qui avait demandé la *bonorum possessio contrà tabulas : Hereditatem ejus quem patrem tuum fuisse dicis petiturus, judicibus qui super eâ re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut prœteritus agnovisti, tamen interdicto* QUORUM BONORUM *non aliter possessor constitui poteris quàm si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris* (2).

En droit, sinon en fait, l'interdit *quorum bonorum* n'a pour objet qu'un règlement provisoire de la possession. C'est pourquoi on avait décidé, assez tard, il est vrai (en 374), que l'appel ne devait pas être admis contre la sentence rendue à la suite de cet interdit : *In interdicto* QUORUM BONORUM, disent les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, *cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est subdatur injuriis tarditatis* (3).

— Ce que Gaius disait de l'interdit *quorum bonorum* (Comment. IV, § 144) se trouve littéralement reproduit dans les Institutes de Justinien (§ 3 *De interd.*). Les deux textes disent notamment, à propos de cet interdit : *Ideò adipiscendœ possessionis vocatur, quia ei tantùm utile est qui nunc primùm conatur adipisci rei possessionem : itaque, si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.* — En un seul point, les rédacteurs des Institutes ont changé quelque chose au texte de Gaius. Gaius avait dit : PRO HEREDE *possidere videtur tàm is qui heres est quàm is qui putat se heredem esse.* Dans l'ancien droit, le *bonorum possessor* triomphait même contre le véritable héritier ; seulement, celui qui n'avait qu'une *bonorum possesssio sine re* n'aurait pas, en définitive, gardé les choses héréditaires. Au contraire, à l'époque de Justinien, la *bonorum possessio* est toujours *cum re*, le droit civil et le droit pré-

(1) Ci-dessus, p. 97.
(2) L. 1, C., *Quor. bonorum* (8, 2).
(3) L. 22, C. Th., *Quor. appell. non recip.* (11, 36).

torien sont confondus, on ne peut plus concevoir que le *bonorum possessor* agisse contre le véritable héritier. L'expression PRO HEREDE *possidere* a ainsi changé de sens.

— On comprend la coexistence dans le droit romain de l'interdit *quorum bonorum* et de la *petitio hereditatis :* j'ai l'interdit en qualité de *bonorum possessor*, j'ai la pétition d'hérédité en qualité d'héritier. Mais quelle différence peut-il y avoir entre l'interdit *quorum bonorum* et la *possessoria hereditatis petitio*, celle-ci comme celui-là étant donnée au *bonorum possessor ?* Nous voyons bien que l'interdit ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles (1), tandis que par la *possessoria* comme par la *civilis petitio* on peut poursuivre même des débiteurs héréditaires (2). Mais évidemment cela ne suffit pas pour expliquer l'existence simultanée de l'interdit et de l'action au profit du *bonorum possessor*. Suivant M. de Savigny, l'interdit aurait été un acheminement vers l'action : le Préteur n'aurait pas osé tout d'abord donner une action ; il n'y serait arrivé que plus tard, et, l'action une fois instituée, l'interdit n'aurait plus eu d'utilité véritable, il aurait fait double emploi. Voici une autre explication, qui me paraît bien plus plausible : Tant que le Préteur n'a donné la *bonorum possessio* qu'à l'héritier présumé, il n'a pu être question pour le *bonorum possessor* que de l'interdit. Mais, à partir du moment où le Préteur a constitué un nouveau système successoral à côté du système du droit civil, il a fallu qu'il donnât une action particulière aux personnes ainsi appelées par lui seul à la succession. On aperçoit alors très-bien le rôle différent de l'interdit et de l'action : le règlement qui résulte de l'interdit n'a qu'un caractère provisoire, tandis que la sentence qui intervient sur l'action est rendue au fond et a un caractère définitif. Voici un texte d'Ulpien qui confirme cette explication, déjà très-rationnelle en elle-même : *Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere Prætorem etiam eorum quos ipse velut*

(1) *Interdicto* QUORUM BONORUM *debitores hereditarii non tenentur, sed tantùm corporum possessores :* Paul, L. 2, D., *Quor. bonor.* (43, 2).

(2) Voy., ci-dessus, p. 578 et 579. Comp. Gaius, L. 2, D., *De possess. heredit. petit.* (5, 5).



heredes facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est (1).

— De l'interdit *quorum bonorum* il convient de rapprocher deux interdits analogues, dont Gaius parle en ces termes : *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum quod quidam* POSSESSORIUM *vocant. Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur quod appellatur* SECTORIUM, *quòd* SECTORES *vocantur qui publicè bona mercantur* (2).

II. *Interdit Salvien.* — Nous n'avons pas, au Digeste, le texte de l'interdit Salvien, comme nous avons le texte de l'interdit *quorum bonorum*. Mais voici ce que nous dit Gaius : *Interdictum quoque quod appellatur* SALVIANUM, *apiscendæ possessionis causâ comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset* (3).

Gaius et Justinien n'accordent l'interdit Salvien qu'au bailleur d'un fonds rural. Cependant beaucoup d'auteurs pensent que, comme l'action Servienne (4), il a fini par être donné à tout créancier hypothécaire ; mais cette opinion ne me paraît reposer sur aucun argument sérieux.

L'interdit Salvien peut être exercé contre le fermier lui-même ou contre un tiers-détenteur. Le jurisconsulte Julien le suppose (5), et Théophile le dit de la manière la plus explicite. On invoque, en sens contraire, une Constitution de l'empereur Gordien (6); mais il me paraît évident que le texte de cette Constitution a été altéré, et je crois, en conséquence, qu'il ne faut en tenir aucun compte.

Que décider si le fonds appartient à deux personnes auxquelles ont été hypothéqués les objets apportés par le fermier? Il y a plusieurs distinctions à faire. Du reste, ce que dit Julien à propos de l'interdit Salvien est répété presque littéralement par Ulpien à pro-

(1) L. 1, D., *De possess. heredit. petit.* — Comp. M Machelard, *Théorie générale des interdits*, p. 52 et suiv.

(2) Comment. IV, §§ 145 et 146.

(3) Comment. IV, § 147. Comp. Inst., § 3 *in fine De interd.*

(4) Ci-dessus, p. 522.

(5) L. 1, D., *De salv. interd.* (43, 33).

(6) L. 1, C., *De precario* (8, 9).

pos de l'action Servienne : *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ità ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli adversùs extraneum Salviano interdicto rectè experientur; inter ipsos verò si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At, si actum fuerit ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversùs extraneos, et inter ipsos, dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent* (1). Mais voici maintenant un texte dans lequel Ulpien, prévoyant toujours la même hypothèse, oppose nettement l'action Servienne à l'interdit Salvien : *In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Servianum judicium* (2). Pour comprendre cette décision, il faut supposer que les objets apportés par le fermier ne lui appartiennent pas ; Titius, à qui ils appartiennent, a permis au fermier de les hypothéquer à l'un des deux bailleurs, à Primus; le fermier les a hypothéqués au bailleur Primus et au bailleur Secundus. En cas pareil, pourvu que Secundus possède les objets, il triomphera contre Primus dans l'interdit Salvien ; au contraire, l'action Servienne assurerait la victoire à Primus (3).

Cette dernière question nous amène naturellement à nous demander quelle est la différence essentielle entre l'interdit Salvien et l'action Servienne. Suivant M. de Savigny, l'interdit aurait été l'origine de l'action, le Préteur n'ayant pas osé tout d'abord établir une action au profit du bailleur. Suivant d'autres, au contraire, l'interdit Salvien aurait été créé au profit du bailleur comme une sorte de compensation, au moment où l'action Servienne, qui d'abord n'appartenait qu'à lui, fut étendue de manière à pouvoir être employée par tous les créanciers hypothécaires. — J'admets bien, avec M. de Savigny, que l'interdit Salvien a existé avant l'action Servienne. Mais je crois que l'interdit a conservé une utilité particulière, même depuis l'établissement de l'action, en ce que le bailleur pour triompher dans l'interdit n'a pas besoin de

(1) L. 1 § 1, D., *De salv. interd.* Comp. Ulpien, L. 10, D., *De pignor. et hyp.* (20, 1).
(2) L. 2, D., *De salv. interd.*
(3) Voy. un argument d'analogie dans la L. 1 § 5, D., *De migrando* (43, 32).

prouver que les objets apportés par le fermier lui appartenaient ou qu'ils ont été hypothéqués par le fermier avec le consentement de leur propriétaire, tandis que le bailleur doit faire cette preuve pour triompher dans l'action (1).

Comme exemple d'interdit donné *adipiscendæ possessionis causâ*, je citerai encore l'interdit *quod legatorum*. Cet interdit appartient à l'héritier contre les individus qui sans sa volonté se sont emparés de certains objets *legatorum nomine*. Comme le dit Ulpien, *æquissimum Prætori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere* (2).

Nous savons que, de son côté, l'héritier doit fournir aux légataires à terme ou conditionnels la *cautio legatorum* (3).

Interdits donnés retinendæ possessionis causâ.

J'ai déjà présenté quelques notions générales sur la possession (4). Je rappelle que les jurisconsultes romains paraissent avoir distingué trois degrés dans la possession. Cette distinction est particulièrement importante au point de vue des interdits, attendu que le Préteur accorde les interdits à celui qui possède *ad usucapionem* et même à celui qui a la possession proprement dite sans *justa causa* et sans bonne foi, mais non à celui qui est seulement *in possessione*, qui n'a pas l'*animus rem sibi habendi*.

Pour l'acquisition de la possession proprement dite, deux conditions distinctes sont nécessaires : nous acquérons la possession *animo et corpore*. Il ne suffit pas qu'une chose soit matériellement à notre disposition : il faut, de plus, que nous ayons la volonté de la posséder pour nous-même et non pour autrui. Autrement, ce n'est pas nous qui possédons. En d'autres termes, des deux conditions nécessaires pour acquérir la possession, l'une peut indifféremment

(1) J'ai suivi la doctrine exposée par M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 390. Comp. M. Machelard, *op. cit.*, p. 106 et suiv.

(2) L. 1 § 2, D., *Quod legat.* (43, 3).

(3) Voy., ci-dessus, p. 253.

(4) T. I, p. 488 et suiv.

se réaliser en la personne du possesseur lui-même ou en la personne d'un tiers : j'acquiers la possession, non-seulement de la chose qui est mise à ma disposition, mais encore de la chose qui est mise à la disposition d'un tiers lorsqu'il la reçoit en mon nom. Au contraire, il est de principe que l'autre condition, l'*animus*, ne peut se réaliser que dans la personne du possesseur lui-même. *Possessionem adquirimus*, dit Paul, *et animo et corpore : animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (1). Toutefois, le père ou le maître qui a confié un pécule à son fils ou à son esclave est considéré comme acquérant la possession des différents objets qui entrent dans ce pécule, quoiqu'il n'ait pas lui-même l'*animus* relativement à chacun d'eux (2).

La possession se conserve également *animo et corpore*, et ce peut être *corpore alieno*. Comme le dit Gaius, *possidere videmur, non solùm si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus usumfructum vel usum aut habitationem constituerimus, ipsi possidere videmur; et hoc est quod vulgò dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet qui nostro nomine sit in possessione* (3).

On est allé plus loin : on a reconnu que la possession peut se conserver *nudo animo*. On l'a reconnu d'abord pour les *saltus hiberni æstivique* (4); on a fini par l'admettre pour tous les immeubles : *Quinetiam*, dit Justinien, *animo quoque retineri possessionem placet, id est ut, quamvis neque ipse sit in possessione neque ejus nomine alius, tamen, si non derelinquendæ possessionis animo, sed posteà reversurus, indè discesserit, retinere possessionem videatur* (5). — Mais, pour conserver la possession d'un meuble, il faut toujours

(1) *Sentences*, V, II, § 1. Voy. aussi Inst., § 5 *Per quas pers. nobis adquir.* (II, 9), et notre t. I, p. 605 et suiv.

(2) Paul, L. 1 § 5, D., *De adquir. vel amitt. poss.* (41, 2).

(3) Comment. IV, § 153. Comp. Inst., § 5 *De interd.*

(4) *Sentences de Paul*, V, II, § 1.

(5) Inst., § 5 (3e phrase) *De interd.* Le passage correspondant du Commentaire de Gaius ne nous est parvenu que mutilé. — Comp. Ulpien, L. 1 § 25, D., *De vi* (43, 16), et L. 4[illegible], D., *De adquir. vel amitt. poss.* (41, 2).

les deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. Il y a seulement exception en ce que celui qui possède un esclave est considéré comme le possédant encore après qu'il s'est enfui : l'esclave ne peut pas par un acte de sa volonté faire perdre la *possessio suî* (1).

Lorsqu'une personne est troublée dans sa possession, lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si telle chose est possédée par Titius ou par Mævius, on emploie un interdit : « Les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, dit Justinien, ont été établis *retinendæ possessionis causâ*, pour le cas où un procès s'élève sur la propriété d'une chose et où tout d'abord on se demande laquelle des deux parties possède et laquelle doit revendiquer (2). En effet, si l'on ne commençait pas par reconnaître à qui appartient la possession, l'action pétitoire ne pourrait pas être organisée, attendu qu'en droit comme en raison il doit y avoir un possesseur et un revendiquant. Et, comme il est bien plus avantageux de posséder que de revendiquer, souvent et même presque toujours il y a grand débat sur la possession. L'avantage du rôle de possesseur consiste en ce que, la chose n'appartînt-elle pas au possesseur, si le demandeur ne parvient pas à prouver qu'elle est sienne, *remanet suo loco possessio*, la possession reste là où elle est : c'est pour cela que, dans le doute, *cùm obscura sunt utriusque jura*, on a coutume de prononcer contre le revendiquant... » (3).

L'interdit *uti possidetis* s'applique aux fonds de terre et aux maisons ; l'interdit *utrubi* s'applique aux choses mobilières (4). — Gaius nous donne le texte (sans doute incomplet) de l'un et de l'autre (5).

Voici comment Gaius expose la différence qui existait entre les deux interdits : « L'interdit étant donné au sujet d'un fonds de terre ou d'une maison, le Préteur veut qu'on préfère celui qui, au moment où l'interdit est rendu, possède *nec vi nec clàm nec preca-*

(1) Gaius, L. 15, D., *De adquir. vel. amitt. poss.*
(2) Comp. Gaius, IV, § 148.
(3) Inst., § 4 *De interd.*
(4) Gaius, IV, § 149; Inst., § 4 *De interd.*
(5) Comment. IV, § 160 *in fine.*

riò ab adversario; lors, au contraire, qu'il s'agit d'un meuble, le Préteur veut qu'on préfère celui qui, pendant la majeure partie de l'année, a possédé *nèc vi nec clàm nec precariò ab adversario,* et cela ressort suffisamment des termes mêmes de chaque interdit. — Dans l'interdit *utrubi,* je ne compte pas seulement ma propre possession, mais encore celle d'un tiers qui doit y accéder, par exemple la possession de celui dont je suis l'héritier, la possession de celui par qui la chose m'a été vendue ou donnée ou constituée en dot. Lors donc que la possession de ce tiers jointe à la nôtre dépasse la possession de l'adversaire, nous l'emportons sur lui dans l'interdit *utrubi.* Mais à l'homme qui par lui-même n'a aucune possession, on ne donne pas et on ne peut pas donner l'*accessio temporis :* car rien ne peut accéder à ce qui n'existe point. On ne la donne pas non plus à celui qui a une possession vicieuse, c'est-à-dire acquise *vi, clàm* ou *precariò ab adversario :* car sa possession ne compte pas. — L'année est prise en arrière : si, par exemple, vous avez possédé pendant les cinq premiers mois de l'année, et moi pendant les sept derniers, je l'emporterai *quantitate mensium possessionis,* et il n'y a point à vous tenir compte dans cet interdit de ce que votre possession a précédé la mienne » (1).

Justinien a supprimé toute différence entre les deux interdits : *Utriusque interdicti potestas, quantùm ad possessionem pertinet, exæquata est : ut ille vincat, et in re soli et in re mobili, qui possessionem, nec vi nec clàm nec precariò ab adversario, litis contestatæ tempore, detinet* (2).

Interdits donnés recuperandæ possessionis causâ.

Lorsqu'une personne est expulsée par la violence, il y a lieu de donner un interdit *recuperandæ possessionis causâ.* On lui accorde un interdit qui commence ainsi : *Undè vi illum tu dejecisti.* Par cet

(1) Comment. IV, §§ 150-152. Comp. Inst., § 4 (avant-dernière phrase) *De interd.*

(2) Même § 4, *in fine.*



interdit l'auteur de la violence est contraint de restituer la possession, pourvu que le *dejectus* ne possédât *nec vi nec clàm nec precariò ab adversario*... Quelquefois cependant je suis contraint de restituer la possession à celui que j'ai expulsé, quoique vis à vis de moi il possédât *vi, clàm* ou *precariò :* tel est le cas où j'aurais employé des armes pour l'expulser violemment... (1).

Cet interdit *undè vi* est uniquement applicable aux immeubles. Si par violence on m'a enlevé la possession d'une chose mobilière, je puis employer l'interdit *utrubi*, en ayant soin de le demander dans l'année; je puis aussi employer différentes actions (2).

L'interdit *undè vi*, en principe, peut être demandé pendant un an à partir de la violence. Mais voici deux cas particuliers où il pourrait encore être demandé utilement après l'expiration de l'année : 1° Pour m'expulser, on a employé une *vis armata* (3); 2° l'auteur de la violence se trouve *locupletior factus* (4).

— Dans l'ancien droit, nous l'avons vu, en général celui-là seul triomphe, par l'interdit *undè vi*, de qui la possession n'était pas vicieuse vis à vis de l'adversaire. Ce qui dans l'ancien droit était l'exception, est devenu la règle générale dans le droit de Justinien : *Is qui dejecit cogitur dejecto restituere possessionem, licet is, ab eo qui dejecit, vi vel clàm vel precariò possidebat* (5). — Justinien renvoie ensuite à des Constitutions qui font perdre la chose ou sa valeur à quiconque a employé la violence pour s'en emparer (6). — Enfin, Justinien fait remarquer que la loi Julia *de vi privatâ aut de vi publicâ* s'applique à quiconque par la violence expulse une personne *de possessione* (7).

— Celui qui par la violence est expulsé d'un fonds peut em-

(1) Gaius, IV, §§ 154 et 155.

(2) Ulpien, L. 1 § 6, D., *De vi* (43, 16).

(3) *Postulabimus, ex quâ hæresi, vi, hominibus armatis, dejectus sis, in eam restituare. In hoc interdicto non solet addi :* IN HOC ANNO (Cicéron, *Epist.*, XV, 16).

(4) Ulpien, L. 3 § 12, D., *De vi.*

(5) Inst., § 6 (1er alinéa) *De interd.*

(6) Même § 6, 2e alinéa. Voy. Inst., § 1 *De bonis vi raptis* (IV, 2), et, ci-dessus, p. 395 et 396.

(7) Même § 6, 3e alinéa. Comp. Inst., § 8 *De publ. judic.* (IV, 18), et deux Titres du Digeste (XLVIII, 6 et 7).

ployer l'interdit *uti possidetis :* il l'emportera sur son adversaire, puisque celui-ci n'a qu'une possession vicieuse vis à vis de lui. Mais l'interdit *undè vi* est préférable sous plusieurs rapports :

1° L'interdit *uti passidetis* s'applique exclusivement aux immeubles. L'interdit *undè vi* est donné même au sujet des meubles qui peuvent se trouver *in fundo vel in ædibus undè quis dejectus est* (1).

2° Celui qui triomphe dans l'interdit *uti possidetis* n'a droit aux fruits de l'immeuble qu'à partir du moment où il a demandé l'interdit. Dans l'interdit *undè vi*, il en est autrement : *Ex die quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur. Idem est in rebus mobilibus quæ ibi erant : nàm et earum fructus computandi sunt ex quo quis vi dejectus est* (2).

3° L'interdit *uti possidetis* est donné entre deux personnes qui l'une et l'autre prétendent posséder. Au contraire l'interdit *undè vi* est donné utilement contre l'auteur de la violence, lors même qu'il ne possède point : *ex interdicto* UNDÈ VI *etiam is qui non possidet restituere cogitur* (3).

— L'interdit *undè vi* n'a pas lieu dans le cas où a lieu l'action *quod metùs causâ.* L'interdit suppose une violence purement matérielle, consistant à m'expulser d'un certain immeuble ; l'action suppose une violence qui a pour effet de m'amener à consentir un certain acte. Dans le premier cas, les interprètes disent qu'il y a *vis absoluta,* tandis que dans le deuxième il y a *vis compulsiva.* Voici, du reste, un texte d'Ulpien où les deux hypothèses sont parfaitement distinguées : *Si rerum tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius* UNDÈ VI *interdictum cessare, quoniam non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere* (4).

Outre l'interdit *undè vi,* nous pouvons citer encore deux autres interdits donnés *recuperandæ possessionis causâ.* Ce sont :

1° L'interdit *de precario,* donné à celui qui a fait une concession à précaire. Cet interdit est ainsi conçu : *Quod precariò ab illo habes*

(1) Ulpien, L. 1 § 6 *in fine*. D., *De vi*.
(2) Même L. 1, § 40.
(3) Même L. 1, § 42.
(4) L. 5, D., *De vi*.

aut dolo malo fecisti ut desineres habere, quâ de re agitur, id illi restituas (1).

2° L'interdit *de clandestinâ possessione*, donné contre l'individu qui en cachette a pris possession de la chose que je possédais. Nous ne trouvons cet interdit mentionné que dans un seul texte (2). Il a dû tomber en désuétude à partir du moment où il fut admis que la possession se conserve *nudo animo*, ou, en d'autres termes, que la possession acquise clandestinement n'est prise en aucune considération.

Interdits doubles, tàm recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.

C'est seulement depuis 1836 que nous savons d'une manière précise ce qu'il faut entendre par ces interdits. En 1836, fut trouvé à Vienne en Autriche et publié un petit fragment des Institutes d'Ulpien, ainsi conçu : ...:*adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM *et* QUAM HEREDITATEM : *nàm, si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquàm possedi, sive anteà possedi, deindè amisi possessionem...*

Je revendique le fonds Cornélien contre un individu qui le possède. Avant Justinien, ce possesseur, pour garder provisoirement, et jusqu'à la sentence, la possession du fonds, devait fournir au revendiquant la caution *judicatum solvi*. S'il se refuse à me la fournir, s'il ne veut pas *litem defendere*, alors je puis me faire donner un interdit *quem fundum*, au moyen duquel la possession sera transférée de lui à moi. Dans le cas où jamais je n'ai possédé le fonds, l'interdit se trouve être *adipiscendæ possessionis*. Dans le cas où déjà je l'ai possédé, l'interdit est *recuperandæ possessionis*. — Le jurisconsulte Furius Anthianus suppose que celui contre qui je veux revendiquer prétend qu'il ne possède pas : si je puis le convaincre de mensonge, je me ferai transférer la possession, sans avoir besoin de prouver que le fonds m'appartient. N'est-ce pas

(1) L. 2 pr., D., *De precario* (43, 26).
(2) L. 7 § 5, D., *Communi divid.* (10, 3).

au moyen de l'interdit *quem fundum?* Cela me paraît très-probable (1).

Ce qui vient d'être dit à propos de la revendication se présente également pour la *petitio hereditatis;* si le possesseur ne donne pas la caution *judicatum solvi,* il y a lieu à l'interdit *quam hereditatem* (2). — Enfin un interdit de la même espèce est donné dans le cas de l'action confessoire et de l'action négatoire (3).

Il y a des interdits *doubles*, en un tout autre sens. « Une troisième division des interdits, nous dit Gaius, consiste en ce qu'ils sont simples ou doubles. Sont simples ceux dans lesquels il y a un demandeur et un défendeur : tels sont tous les interdits restitutoires ou exhibitoires : celui-là est demandeur qui conclut à l'exhibition ou à la restitution, et celui-là est défendeur contre qui elle est demandée. Quant aux interdits prohibitoires, les uns sont doubles et les autres sont simples. Sont simples ceux dans lesquels le Préteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, dans un *flumen publicum* ou sur sa rive : le demandeur est celui qui conclut à ce qu'il ne soit rien fait, le défendeur celui qui voudrait faire quelque chose. Sont doubles les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. On dit qu'ils sont doubles, parce qu'ici la condition des deux plaideurs est la même : aucun n'est défendeur plutôt que demandeur, mais chacun joue et le rôle de défendeur et le rôle de demandeur. Effectivement le Préteur adresse les mêmes paroles à l'un et à l'autre... » (4). — Nous avons vu que les actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum* sont mixtes ou doubles dans le même sens (5).

(1) C'est aussi l'opinion de M. Machelard, *Théorie générale des interdits*, p. 307 et suiv.

(2) Comp. *Sentences de Paul*, I, XI, § 1.

(3) Dans les *Fragments du Vatican*, § 92, Ulpien parle d'un interdit *quem usumfructum*. Quant aux servitudes prédiales, voy. la L. 45, D., *De damno inf.* (39, 2), et la L. 15, D., *De op. novi nunc.* (39, 1).

(4) Comment. IV, §§ 156-160. Comp. Inst., § 7 *De interd.*

(5) Ci-dessus, p. 558 et 559.

PROCÉDURE DES INTERDITS.

A l'époque de Justinien, depuis longtemps il ne pouvait plus être question d'une procédure spéciale en matière d'interdits, puisque les interdits eux-mêmes avaient disparu avec le système formulaire (1). Mais anciennement il y avait là une procédure assez compliquée, que Gaius nous a fait connaître en partie (2). Il n'y aurait aucune utilité à exposer ici cette procédure : je me borne donc à renvoyer au texte même de Gaius. J'ajoute que la matière est approfondie dans l'ouvrage déjà cité de mon savant collègue M. Machelard.

APPENDICE

A LA MATIÈRE DES EXCEPTIONS ET DES INTERDITS.

DE LA LOI CINCIA.

J'ai déjà dit quelques mots de la loi Cincia *de donationibus* (3). Cette loi, rendue l'an 550 de la fondation de Rome, avait depuis longtemps cessé d'être en vigueur à l'époque de Justinien (4). Elle défend, en général, de faire une donation qui dépasse un certain chiffre (5), *et, si plus donatum sit, non rescin-*

(1) Inst., § 8 *De interd.*
(2) Comment. IV, §§ 161-170.
(3) T. I, p. 569.
(4) Novelle 162, ch. 1er.
(5) C'est le *modus legis Cinciæ*, lequel nous est inconnu. Voy. Celsus, L. 21 § 1, et Javolenus, L. 24, D., *De donat.* (39, 5). — Il y a des *personæ exceptæ* qui peuvent recevoir *in infinitum* : voy. les *Fragments du Vatican*, §§ 298-309.

dit (1). Le donateur n'a pas une action particulière pour faire annuler la donation en tant qu'elle dépasse le *modus legis Cinciæ;* mais il a une exception pour repousser la demande afin d'exécution de cette donation. En conséquence, la donation, quoique faite en contravention à la loi Cincia, peut quelquefois se trouver inattaquable : on dit alors qu'elle est *perfecta*. Je vais faire successivement l'application de cette idée au cas où de la part du donateur il y a eu une promesse et au cas où il y a eu une dation.

1° Voulant faire à Titius une donation qui dépasse le taux de la loi Cincia, je lui ai promis sur stipulation ce que je voulais lui donner. S'il intente contre moi l'action *ex stipulatu*, je pourrai le repousser par l'*exceptio legis Cinciæ;* et, si j'ai exécuté mon obligation, je pourrai intenter l'action en répétition : *Hoc quoque repeti poterit*, dit Ulpien, *si quis, perpetuâ exceptione tutus, solverit. Undè, si quis contrà legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse : nàm semper exceptione Cinciæ uti potuit...* (2).

2° Voulant faire à Titius une donation qui dépasse le taux de la loi Cincia, j'ai aliéné à son profit telles ou telles choses. Supposons d'abord que je possède encore : il s'agit de choses *mancipi* que j'ai mancipées ou cédées *in jure*, mais non livrées. Si Titius revendique contre moi, je le repousserai par l'*exceptio legis Cinciæ*. Le jurisconsulte Paul se réfère évidemment à cette décision lorsqu'il dit : *Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille cui donavi, non traditâ possessione, in eo loco ædificaverit me sciente, et, cùm ædificaverit, nactus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam* QUOD SUPRA LEGITIMUM MODUM FACTA EST, *an de dolo replicandum est? Dolo enim feci, qui passus sum eum ædificare et non reddo impensas* (3).

Même en supposant que j'ai fait tradition au donataire, s'il s'agit

(1) *Fragm. d'Ulpien*, § 1.

(2) *Fragm. du Vatican*, § 266. — Je suis disposé à croire que le *modus legis Cinciæ* était en proportion de la fortune du donateur. Cela étant, il serait facile de comprendre l'erreur, sans laquelle il ne peut pas y avoir *condictio indebiti*.

Si le donateur a la *condictio indebiti*, c'est évidemment que l'exception ne laisse pas subsister à sa charge une obligation naturelle.

(3) L. 5 § 2, D., *De doli mali et met. exc.* (44, 4).

d'un meuble, j'ai encore une ressource. L'objet mobilier étant *mancipi*, je l'ai mancipé (ou cédé *in jure*), puis livré ; ou bien, l'objet étant *nec mancipi*, je l'ai simplement livré : alors, tant que vous ne l'avez pas possédé pendant six mois, au moyen de l'interdit *utrubi* je puis vous contraindre à me le rendre. *In rebus mobilibus*, dit Paul, *etiamsi traditæ sint, exigitur ut et interdicto* UTRUBI *superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita* (1).

Lorsque la donation a pour objet un immeuble *mancipi*, si le donateur l'a simplement livré, il peut le revendiquer, tant que l'usucapion n'est pas accomplie au profit du donataire ; et l'exception *rei donatæ et traditæ*, opposée à la revendication, sera paralysée par la *replicatio legis Cinciæ*.

— Supposons que le donateur est mort et que jusqu'au dernier moment il a persévéré dans sa volonté de donner. Alors l'*exceptio* ou la *replicatio legis Cinciæ* dont il aurait pu faire usage cesse d'être efficace entre les mains de ses héritiers : elle sera paralysée par une réplique ou par une duplique de dol. *Exceptionem*, dit Papinien, *voluntatis perseverantia, doli replicatione, perimit* (2). Et nous voyons, dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Constance, que la *donatio perfecta* et la *donatio imperfecta*, une fois que le donateur est mort, sont, au fond, aussi efficaces l'une que l'autre : *Successoribus donatoris*, disent les empereurs, *perfectam donationem revocare non permittitur, cùm imperfectam perseverans voluntas, per doli mali replicationem, confirmet* (3). Nous avons rencontré précédemment une *replicatio legis Cinciæ* paralysée par une *duplicatio doli mali* (4).

Mais voici un passage d'Ulpien qui présente quelque obscurité. Le jurisconsulte suppose un homme qui a payé ce qu'il avait promis *contrà legem Cinciam*. Il peut répéter, dit Ulpien : *Nàm semper exceptione Cinciæ uti potuit, non solùm ipse, verùm, ut Proculiani contrà Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit hæc ex-*

(1) *Fragm. du Vatican*, § 311. Voy. aussi le § 293.
(2) *Fragm. du Vatican*, § 294.
(3) *Fragm. du Vatican*, § 312.
(4) *Fragm du Vatican*, § 259. Ci-dessus, p. 673 et 674.

ceptio; sed et heres ejus, nisi fortè durante voluntate decessit donator: tunc enim doli replicationem locum habere Imperator noster rescripsit... (1). Il est probable que, suivant les Sabiniens, le donateur une fois mort, il ne pouvait absolument plus être question de la loi Cincia, tandis que les Proculiens disaient : « L'*exceptio* ou la *replicatio legis Cinciæ* appartient bien à l'héritier du donateur, mais sauf à être paralysée si le donateur a persisté jusqu'à la fin dans sa volonté de donner. »

PEINE INFLIGÉE AU PLAIDEUR TÉMÉRAIRE.

Le législateur doit prévenir ou même réprimer la facilité trop grande qu'ont certaines personnes à former des demandes en justice ou à résister sans aucune raison à des demandes formées contre elles. Nous voyons que trois moyens avaient été employés dans ce but chez les Romains. *Nunc admonendi sumus*, dit Justinien, *magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent; quod et nobis studio est. Idque eo maximè fieri potest quòd temeritas tàm agentium quàm eorum cum quibus ageretur, modò pecuniariâ pœnâ, modò jurisjurandi religione, modò infamiæ metu coercetur* (2).

Occupons-nous successivement de la *temeritas* du défendeur et de celle du demandeur.

I. Pour prévenir la *temeritas* du défendeur, une Constitution de Justinien le soumet, ainsi que son avocat, à la nécessité de prêter serment : *Reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi priùs juraverit quòd, putans sese bonâ instantiâ uti, ad contradicendum pervenit* (3). — Déjà dans l'ancien droit, le serment était quelquefois exigé du défendeur : « Si le défendeur, dit Gaius, n'a pas à craindre la peine de la *sponsio* ni la condamnation au double, et si, de plus, *ab initio*, l'action n'est qu'au simple, le Préteur

(1) *Fragm. du Vatican*, § 266.
(2) Inst., pr. *De pœnâ temerè litig.* (IV, 16).
(3) Inst., § 1 (1er alinéa) *De pœnâ temerè litig.*

permet d'exiger qu'il jure *non calumniæ causâ ad inficias ire*, que ce n'est point par esprit de chicane qu'il résiste à la demande. En conséquence, les héritiers et autres successeurs n'étant point tenus des peines, les femmes et les pupilles obtenant habituellement remise de la peine de la *sponsio*, le Préteur ordonne que du moins ces personnes prêtent serment » (1).

Nous savons déjà que, dans certains cas, la demande étant justifiée, le défendeur est condamné au-delà du simple, soit *omnimodo* (par exemple dans le cas de l'action *furti*), soit seulement quand il y a eu de sa part *inficiatio* (par exemple dans le cas de l'action *legis Aquiliæ*) (2).

Enfin il y a des actions par suite desquelles le défendeur qui succombe encourt l'infamie. Telles sont les actions *furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo;* de même, les actions directes de tutelle, de mandat, de dépôt; de même, l'action *pro socio*. Quand il s'agit de vol, de *bona vi rapta*, d'injures ou de dol, pour encourir l'infamie il n'y a même pas besoin d'être condamné, il suffit d'avoir transigé : *plurimùm enim interest utrùm ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit* (3). Plusieurs remarques doivent être faites à ce sujet :

D'abord l'infamie n'est jamais encourue que par l'individu coupable de dol. Ainsi s'explique que l'action de la loi Aquilia ne soit pas mise sur la même ligne que l'action *furti* ou que l'action *de dolo*.

C'est l'action directe, et non l'action contraire, de tutelle, de mandat, de dépôt, qui entraîne l'infamie contre le condamné. Ulpien en donne le motif : *Contrario judicio damnatus non erit infamis. Nec immeritò : nàm in contrariis, non de perfidiâ agitur, sed de calculo, qui ferè judicio solet dirimi* (4). — Toutefois le même Ulpien enseigne que l'infamie peut quelquefois atteindre le mandant condamné sur l'action contraire: *Verbis Edicti notatur non solùm qui mandatum suscepit, sed et is qui fidem quam adver-*

(1) Comment. IV, § 172.

(2) Inst., § 1 (2e et 3e alinéas) *De pœnâ temerè litig.* Voy., ci-dessus, p. 563 et suiv.

(3) Inst., § 2 *De pœnâ temerè litig.* Comp. Gaius, IV, § 182.

(4) L. 6 § 7, D., *De his qui not.* (3, 2).

sarius secutus est non præstat. Utputa fidejussi pro te, et solvi : mandati te si condemnavero, famosum facio (1).

Pour que l'infamie soit encourue, il faut que le condamné ait été poursuivi *suo nomine*, non comme procureur ou comme fidéjusseur. Cela ressort du texte même de l'Edit prétorien, qui nous a été conservé au Digeste (2).

Celui qui transige pour échapper à l'action dont il est menacé, celui-là encourt l'infamie, mais toutefois avec une distinction que les Institutes indiquent clairement. Ulpien ajoute : PACTUS SIT *accipimus si cum pretio quantocumque pactus est. Alioquin, et qui precibus impetravit ne secum ageretur erit notatus, nec erit veniæ ulla ratio : quod est inhumanum. Qui jussu Prætoris pretio dato pactus est, non notatur* (3).

II. Dans l'ancien droit, quatre moyens distincts avaient été établis pour réprimer l'esprit de chicane chez le demandeur : *actoris calumnia*, dit Gaius, *coercetur*, *modò calumniæ judicio*, *modò contrario*, *modò jurejurando*, *modò restipulatione* (4). Je me borne à remarquer que ces quatre moyens s'excluent l'un l'autre. Pour les détails, je renvoie au texte de Gaius (5).

Dans le droit de Justinien, on fait prêter serment au demandeur ainsi qu'à son avocat (6). De plus, le demandeur qui succombe peut être condamné aux dommages-intérêts et aux frais (7).

Le Titre des Institutes *De pœnâ temerè litig.* se termine par un § 3 dont nous avons déjà expliqué la disposition (8).

(1) Même L. 6. § 5.
(2) L. 1 *eod. Tit.*
(3) L. 6 § 3 *eod. Tit.*
(4) Comment. IV, § 174.
(5) Comment. IV, §§ 175-181.
(6) Inst., § 1 (dernier alinéa) *De pœnâ temerè litig.* Les rédacteurs des Institutes ont déjà fait allusion au serment du demandeur, § 12 *De fideic. heredit.* (II, 23).
(7) Inst., même § 1, *in fine*, *De pœnâ temerè litig.*
(8) Notamment sur le § 12 *De action.* Ci-dessus, p. 541.

DE L'OFFICE DU JUGE.

Nous avons déjà sur l'office du juge des notions générales. Ainsi, nous n'avons pas à développer ce principe, posé tout d'abord par les rédacteurs des Institutes, suivant lequel le juge ne doit pas statuer *aliter quàm legibus aut Constitutionibus, aut moribus proditum est* (1).

Une action, un *judicium*, doit nécessairement aboutir à une sentence, à la condamnation ou à l'absolution du défendeur. Cependant il paraît qu'il était permis à un juge de se dispenser de juger, en jurant *sibi non liquere*. Mais alors que va-t-il arriver? Si plusieurs juges avaient été nommés, on suivra l'opinion des autres. Pomponius le dit expressément, à propos du procès sur la question de liberté : *Si uni ex pluribus judicibus de liberali causâ cognoscenti, de re non liqueat, cæteri autem consentiant, si is juraverit sibi non liquere, eo quiescente, cæteros qui consentiant sententiam proferre : quia, et si dissentiret, plurium sententia obtineret* (2). Si au contraire le juge qui se trouve absolument hors d'état de statuer avait seul été chargé du jugement de l'affaire (3), il est très-probable qu'on nommait un autre juge pour le remplacer, comme on le faisait si le juge nommé venait à mourir avant la sentence (4).

Les rédacteurs des Institutes recherchent spécialement quel est l'office du juge dans certaines actions, savoir : 1° dans l'action noxale (§ 1); 2° dans la revendication et dans la pétition d'hérédité (§ 2); 3° dans l'action *ad exhibendum* (§ 3) ; 4° dans les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum* (§§ 4-7). Le § 2, relatif à la revendication et à la pétition d'hérédité, demande seul quelques explications.

(1) Pr. *De officio judicis* (IV, 17).
(2) L. 36, D., *De re judic.* (42, 1).
(3) Cas dans lequel se trouva Aulu-Gelle (*Nuits att.*, XIV, 2).
(4) L. 32 et L. 60, D., *De judic.* (5, 1).

Lorsque le défendeur à la revendication a succombé, s'il déclare que pour le moment il lui est impossible de restituer, et s'il paraît demander ainsi du temps *sine frustratione*, le juge doit avoir égard à sa demande, pourvu qu'il garantisse avec fidéjusseur que, faute par lui de restituer dans le délai fixé, il paiera la *litis æstimatio*. Cette *cautio* étant fournie, le juge absout le défendeur. C'est une *cautio judicialis*, qu'il faut avoir soin de ne pas confondre avec la caution prétorienne *judicatum solvi* (1).

Que doit faire le juge, relativement aux fruits? En ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi, la règle est qu'il est comptable de tous les fruits, même de ceux qu'il a négligé de percevoir. Le Sénat l'avait décidé pour la pétition d'hérédité : *Et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos* (2). Il doit en être de même pour la revendication, puisqu'il a été admis que même dans celle-ci *dolus præteritus deducitur* (3). Et je n'aperçois pas qu'il y ait sous ce rapport une différence quelconque entre les deux actions, comme on pourrait le croire d'après le texte des Institutes : *Illorum fructuum quos culpâ suâ possessor non perceperit, in utrâque actione eadem ratio penè habetur, si prædo fuerit.*

Quant au possesseur de bonne foi, on ne lui demande compte ni des fruits consommés ni des fruits non perçus. Je crois même que dans l'ancien droit le possesseur tenu de la revendication gagnait définitivement les fruits perçus pendant qu'il était de bonne foi (4).

Le procès une fois entamé, *post inchoatam petitionem*, le possesseur devient comptable et des fruits que par sa faute il n'a pas perçus, et des fruits qu'il a perçus et consommés. Il faut bien remarquer que cela peut s'appliquer quoiqu'il n'y ait pas encore *litis contestatio. Quamquàm litis contestatæ mentio fiat in Senatusconsulto* (5), dit Ulpien, *tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi prædones tenentur. Et hoc jure hodiè*

(1) Voy. ci-dessus, p. 644.
(2) Ulpien, L. 25 § 4, D., *De heredit. petit.* (5, 3).
(3) Paul., L. 27 § 3, D., *De rei vindic.* (6, 1).
(4) Voy. notre t. I, p. 524 et suiv.
(5) Il s'agit du Sénatusconsulte Juventien.

utimur : cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur... (1). — Nous savons que, sous l'empire des actions de la loi, le *possessor* devait donner au *petitor prædes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum* (2). Le *possessor* qui succombait devait même restituer le double des fruits qu'il avait perçus ou négligé de percevoir *ex die accepti judicii*, et cela était encore en usage du temps de Paul (3).

(1) L. 25 § 7, D., *De heredit. petit.* (5, 3).
(2) Gaius, IV, § 94 *a*.
(3) *Sentences*, I, XIII *b*, § 8 ; V, IX, § 2.

FIN DU DEUXIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES DEUX VOLUMES.

TOME PREMIER.

INTRODUCTION.

ABRÉGÉ DE L'HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN.

HISTOIRE INTERNE.

EXPOSITION SOMMAIRE DES RÈGLES DONT SE COMPOSE LE DROIT PRIVÉ DES ROMAINS.

LIVRE PREMIER. — DES PERSONNES.

LIVRE SECOND. — DES DROITS RÉELS ET DES TESTAMENTS.

DES TESTAMENTS.

TOME DEUXIEME.

LIVRE TROISIÈME. — DES MODES D'ACQUÉRIR PER UNIVERSITATEM AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE OU FIDÉICOMMISSAIRE.

DES OBLIGATIONS.

DES OBLIGATIONS.

LIVRE QUATRIÈME. — DES ACTIONS, DES EXCEPTIONS, DES INTERDITS.

FIN DE LA TABLE.

IMPRIMÉ PAR CHARLES NOBLET, RUE SOUFFLOT, 18.

